

TAMPEREEN YLIOPISTO
Oikeustieteiden laitos

Pia-Maria Sillanpää

RAKENTEELLINEN YHTEISTYÖ KUNNAN TOIMINNASSA

Pro gradu -tutkielma
Kunnallisoikeus
Tampere 2007

Tampereen yliopisto

Oikeustieteiden laitos

SILLANPÄÄ, PIA-MARIA: Rakenteellinen yhteistyö kunnan toiminnassa

Pro gradu -tutkielma, x + 81 s.

Kevät 2007

Kunnat voivat perustaa yksityisen sektorin toimijan kanssa sopimuksella yhteisen yrityksen palvelutuotantaan varten. Yhteisen yrityksen perustamisen muodossa tapahtuva yhteistyö on ns. rakenteellista yhteistyötä. Tutkimuksen tarkoituksena on kartoittaa kunnan ja yksityisen yhtiön välisen rakenteellisen yhteistyön oikeudellisia reunaehtoja. Päättökimustehtävä jakautuu kolmeen tutkimusongelmaan: 1) *miten sopimustoiminta soveltuu kunnan toimintaan*, 2) *miten yhteisyritystä voidaan käyttää kunnan palvelutuotannossa* ja 3) *millaisia rajoja kunnan ja valtion välinen lakisääteinen vastuunjako julkisten palvelujen järjestämisessä asettaa kunnan ja valtion liikelaitoksen rakenteelliselle yhteistyölle*. Tutkimus on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen, joten tarkastelun kohteena ovat pääasiassa Suomen lainsäädäntö ja oikeuskirjallisuus. Myös Euroopan yhteisöjen oikeussäännöillä, komission antamilla tiedonannoilla ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuilla on merkittävä osuus tutkimusaineistossa.

Sopimustoiminnan ei perinteisesti ole katsottu soveltuvan viranomaistoimintaan, mutta nyttemmin käsitykset ovat pehmentyneet. Viranomaisten sopimustoimintaa rajoittaa kuitenkin toiminnan lakisidonnaisuus, joten mm. sopimusvapautta ei voida soveltaa yksityisoikeudelle ominaisessa laajuudessa. Merkittävää julkisen vallan käyttöä vaativia tehtäviä ei voida siirtää sopimuksella lainkaan viranomaishallinnon ulkopuolisen hoidettavaksi, ja julkista valtaa yleensäkin voidaan siirtää vain lain nimenomaisen säännöksen oikeuttamana. Tehtävät, jotka voidaan ulkoistaa, ovat lähinnä palvelutuotantoon liittyviä tuotannollisia tehtäviä, joita myös rakenteellisen yhteistyön merkeissä suoritettaisiin yhteisyrityksessä. Ensimmäiseen tutkimusongelmaan viitaten voidaan todeta, että tiettyjen rajoitusten puitteissa sopimustoimintaa voidaan kunnissa harjoittaa. Tärkeintä on varmistaa, että sopimukset tehdään lainmukaisesti ja että sopimustoimintaan ryhtyminen on ehdottomasti tarkoituksenmukaisin ja edullisin ratkaisu.

Kunta voi tehdä omalta yhtiöltään hankintoja suoraan vain, jos se valvoo kyseistä yhtiötä kuten omia toimipaikkojaan ja jos yhtiön toiminta suuntautuu pääasiassa kuntaan. Toisen tutkimusongelman osalta voidaan todeta, että yksityisen mukanaolo yhtiössä estää hankintojen tekemisen

suoraan, sillä kunta ei voi tällöin täydellisesti valvoa yhtiötä. Kunta ei voi myöskään siirtää uudelle yhteisyritykselle juuri ennen sen perustamista oman yksikön kanssa suoraan tehtyjä hankintasopimuksia ja käyttää niiden perusteella yhteisyritystä palvelutuotannossaan. Yksityinen yritys pääsisi tällöin suoraan osallistumaan aiemmin rajoitettujen tehtävien hoitamiseen. Tällaisella menettelyllä kierrettäisiin keinotekoisesti kilpailuttamisvelvoite ja loukattaisiin tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden velvoitetta sekä toiminnan avoimuutta. Muillakin yksityisillä toimijoilla pitäisi olla tarjouskilpailun kautta mahdollisuus päästä osallistumaan tehtävien hoitamiseen.

Kunnan ja valtion liikelaitoksen yhteisyrityksen toiminnan tarkoituksena saattaa olla sekä kunnan että valtion vastuulle lailla säädettyjen palvelujen tuottaminen. Yhteisyrityksen toiminnassa on erotettava julkisten tehtävien järjestämisvastuu tuotannosta. Järjestämis- ja kustannusvastuun tulisi yhteisyrityksessä säilyä sillä, jonka järjestettäväksi tehtävät on lailla säädetty. Tuotanto pitäisi taas pystyä organisoimaan edullisimmalla tavalla eli tarvittaessa tehtäviä tulisi voida suorittaa yhteistyönä yhteisyrityksessä. Kolmanteen tutkimusongelmaan viitaten lainsäädäntö voi kuitenkin rajoittaa yhteistyötä, mikäli tehtävien jakoa koskeviin säännöksiin ei sisälly vapautta joskus poiketa niistä. Kumppanuusjärjestelyjen mahdollisuutta on tarkasteltava tapauskohtaisesti, ja lainsäädännön rajoitteiden osalta on mietittävä tarkkaan, ovatko säännökset tarkoituksenmukaisia ja saavutetaan niillä riittäviä hyötyjä yhteistyön vapauttamiseen nähden.

Asiasanat: Julkiset hankinnat, kunnan ja valtion tehtävät, kuntien palvelutuotanto, rakenteellinen yhteistyö, sidosyksikkö, sopimustoiminta, yksityistäminen

Sisällys

LÄHTEET	III
1 JOHDANTO.....	1
1.1 TUTKIMUKSEN AIHEPIIRIN ESITTELY	1
1.2 TAPAUSESIMERKKI SUOMESTA	2
1.3 TUTKIMUSTEHTÄVÄ.....	5
1.3.1 Tutkimuksen tavoite ja tutkimusongelma.....	5
1.3.2 Tutkimusmenetelmä ja -aineisto	5
1.3.3 Keskeiset käsitteet.....	5
1.3.4 Tutkimuksen rakenne.....	8
2 KUNTIEN ITSEHALLINTO JA PALVELUTUOTANTO.....	9
2.1 ITSEHALLINTO ITSENÄISEN PÄÄTÖSVALLAN PERUSTEENA	9
2.1.1 Paikallinen itsehallinto muotoutuu kunnallislainsäädännön kehittymisen myötä.....	9
2.1.2 Itsehallinnon perustuslainsuoja ja itsehallinnon merkitys	9
2.1.3 Kansainvälisiä vaikutteita – Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja.....	11
2.1.4 Kunta on itsenäinen instituutio – ei valtion paikallishallintoa.....	13
2.2 PALVELUJEN TUOTANTOMAHDOLLISUUDET LAIN MUKAAN	14
2.2.1 Järjestämisvastuu eroaa tuottamisvastuusta	14
2.2.2 Oma tuotanto ja kuntien välinen yhteistyö	16
2.2.3 Yksityistäminen.....	16
2.2.4 Kunnan mahdollisuudet elinkeinonharjoittamiseen	20
2.3 JULKISTEN HANKINTOJEN KILPAILUTTAMINEN	22
2.3.1 Kilpailuttamislainsäädännön kehittyminen	22
2.3.2 Hankintalain keskeiset säännökset	23
2.4 DEMOKRAATTINEN VALVONTA YKSITYISTÄMISESSÄ	26
2.4.1 Julkisuus on demokraattisen valvonnan edellytys	26
2.4.2 Yksityistämispäätöksen muutoksenhaku	30
3 RAKENTEELLINEN YHTEISTYÖ YKSITYISTÄMISMALLINA.....	31
3.1 JOHDATUS KUMPPANUUTEEN JA RAKENTEELLISEEN YHTEISTYÖHÖN.....	31
3.1.1 Kumppanuuden edut ja vaatimukset.....	31
3.1.2 Rakenteellinen yhteistyö eroaa perinteisistä kumppanuusmalleista.....	32
3.1.3 Rakenteellinen yhteistyö ja kunnan hankinnat	34
3.2 RAKENTEELLISEN YHTEISTYÖN MUODOT.....	35
3.2.1 Yhteisyrityksen perustaminen	35
3.2.2 Kunnan kokonaan omistaman julkisen yhtiön muuttaminen yhteisyritykseksi	38
4 SOPIMUS RAKENTEELLISEN YHTEISTYÖN PERUSTANA	40
4.1 PERINTEINEN KUNNAN TOIMINTA	40
4.1.1 Hallintotoiminta	40
4.1.2 Hallintopäätös.....	42
4.1.3 Tosiasiallinen hallintotoiminta ja hallintotehtävän täytäntöönpano.....	43
4.1.4 Julkisen vallan käyttö.....	44
4.1.5 Yhteenveto kuntien toiminnasta – hallintotoimintaa ja palvelujen tuotantoa.....	46
4.2 SOPIMUSTOIMINTA VIRANOMAISTOIMINNASSA.....	47
4.2.1 Julkisoikeus – yksityisoikeus -jaottelu.....	47
4.2.2 Hallintosopimus	49
4.2.3 Sopimus rakenteellisessa yhteistyössä.....	52
4.2.4 Sopimustoiminnan soveltuminen viranomaistoimintaan	53
4.3 SOPIMUSMENETTELYN MUODOLLISET EDELLYTYKSET KUNNASSA	54
4.3.1 Valtuusto kunnan ylin päätösvalan käyttäjä.....	54
4.3.2 Kunnanhallituksen rooli sopimustoiminnassa.....	56

5	RAKENTEELLINEN YHTEISTYÖ PALVELUTUOTANNOSSA.....	59
5.1	KUNTIEN HANKINNAT SIDOSYKSIKÖLTÄ.....	59
5.1.1	<i>Sidosyksikköhankintoja koskeva sääntelytilanne.....</i>	59
5.1.2	<i>Kunnan ja yhtiön välinen sidossuhde.....</i>	60
5.1.3	<i>Yhteisomistajuus, valvonta ja toiminnan suuntautuminen.....</i>	63
5.1.4	<i>Kuntien yhteistoiminta.....</i>	65
5.2	HANKINTASOPIMUSTEN SIIRTÄMINEN YHTEISYRITYKSELLE.....	67
5.3	YHTEISTYÖ VALTION LIIKELAITOKSEN KANSSA.....	69
5.3.1	<i>Valtion liikelaitos kunnan kumppanina.....</i>	69
5.3.2	<i>Kunnat huolehtimassa valtion tehtävistä.....</i>	70
5.3.3	<i>Valtion ja kunnan kumppanuus – käytännön esimerkki.....</i>	72
6	LOPUKSI.....	76
6.1	LAKISIDONNAISUUS MUOTOILEE KUNNAN SOPIMUSTOIMINTAA.....	76
6.2	YHTEISYRITYS KUNNAN PALVELUTUOTANNOSSA EDELLYTTÄÄ KILPAILUTTAMISTA.....	78
6.3	KUNNAN JA VALTION VÄLINEN YHTEISTYÖ.....	80

Lähteet

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement. Second edition. Sweet & Maxwell. London 2005.

Council of European Municipalities and Regions (CEMR): CEMR Position paper. Response to the European Commission's Green Paper on public-private partnerships and community law on contracts and concessions. Brussels, July 2004. Saatavilla [www-muodossa](http://www.muodossa.org): <www.ccre.org/docs/position_paper_ppp.doc>, 18.4.2007.

Hannus, Arno – Hallberg, Pekka: Kuntalaki. 3. laitos. Werner Söderström Lakitieto Oy. Porvoo 2000.

Harjula, Heikki – Prättälä, Kari: Kuntalaki – tausta ja tulkinnat. 4. uudistettu painos. Kauppa-kaari, Lakimiesliiton kustannus. Helsinki 2001.

HaVL 25/2006 vp – HE 50/2006 vp. Hallintovaliokunnan lausunto: Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

HaVM 18/1994 vp – HE 192/1994 vp. Hallintovaliokunnan mietintö n:o 18 hallituksen esityksestä kuntalaiksi.

HE 154/1992 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.

HE 192/1994 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.

HE 1/1998 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

HE 72/2002 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

HE 17/2004 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle maantielaksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 50/2006 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

Heuru, Kauko: Kuntalaki käytännössä. Edita Oyj. Helsinki 2001.

Heuru, Kauko: Hyvä hallinto. Edita Publishing Oy. Helsinki 2003.

Heuru, Kauko – Mennola, Erkki – Ryynänen, Aimo: Kunnallinen itsehallinto. Kunnallisoikeuden perusteet. Lakimiesliiton kustannus. Jyväskylä 2001.

Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa. Oikeudellinen rakennetutkimus. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 81. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammala 1969.

Julkisten hankintojen ilmoituskanava Hilma. Kauppa- ja teollisuusministeriö. <<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/>>, 20.4.2007.

Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme. Iura Nova. Jyväskylä 2000.

Jyväskylän kaupunki: Jyväskylän kaupungin vuosikertomus 2006, julkaistu 13.4.2007. Saatavilla www-muodossa: <<http://www3.jkl.fi/tiedotus/vuosikertomus/>>, 28.4.2007.

Kalima, Kai: Julkisyhteisöjen hankintatoimi. Tutkimus julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöistä ja -käytännöstä. Suomalaiset Oikeusjulkaisut SOJ OY. Helsinki 2001.

Kauppa- ja teollisuusministeriö: Lausunto ”Jyväskylän kaupungin ja Tieliikelaitoksen yhteishanke alueiden hoidon ja rakentamisen palvelujen avaamisesta kilpailulle”. Dnro 8/611/2005. Helsinki 28.6.2006.

Kilpailuvirasto: Lausunto ”Yhteisyrityksen perustaminen kunnan yhdyskuntateknisten palvelujen tuottamiseksi”. Dnro 998/61/05. Helsinki 28.6.2006.

Komissio: Vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta. KOM (2004) 327 lopullinen. Bryssel 30.4.2004. Saatavilla www-muodossa: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fi/com/2004/com2004_0327fi01.pdf>, 29.4.2007.

Komissio: Komission tiedonanto Euroopan parlamentille, Neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja Alueiden komitealle julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta. KOM (2005) 569 lopullinen. Bryssel 5.11.2005. Saatavilla www-muodossa: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fi/com/2005/com2005_0569fi01.pdf>, 29.4.2007.

Komiteanmietinto 1993:33. Kuntalaki. Kunnalliskomitean mietintö. Sisäasiainministeriö. Helsinki 1993.

Merikoski, Veli – Vilkkonen, Eero (toim.): Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin I. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B-sarja N:o 80. 7. painos. Werner Söderström Osakeyhtiö. Juva 1982.

Mäenpää, Olli: Hallintosopimus. Lakimiesliiton Kustannus. Vammala 1989.

Mäenpää, Olli: Julkisuusperiaate. Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisut. Helsinki 1999.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 4. laitos. WSOY Lakitieto. Porvoo 2003.

Mäkinen, Eija: Maankäyttösopimus ja hyvä hallinto. Finnpublishers Oy. Jyväskylä 2000.

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

Mäkinen, Eija: Offentliga upphandlingar i kommunal verksamhet – synpunkt på möjligheten att förverkliga de grundläggande fri- och rättigheterna. I Mäkinen, Eija (red.): Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna. Tammerfors universitet, Rättsvetenskapliga institutionen. Tampere 2005, s. 183–205.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU): Uppdrag rörande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och kommunal samverkan. Diarienummer 2006/0173-29. 31.1.2007. Saatavilla www.muodossa: <www.nou.se/pdf/2006-0173-29s_Kommunala_komputredningen.pdf>, 19.4.2007.

PeVM 10/1998 vp – HE 1/1998 vp. Perustuslakivaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.

PPP (Public-Private-Partnership) -malli. Kunnat.net – kuntatiedon keskus. <http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;348;117363;117369>, 16.4.2007.

Pöllä, Kaisa – Etelälahti, Pekka: Valtion uudistunut taloushallinto – budjetointi – laskentatoimi – tarkastus. Ekonomia-sarja. Suomen Ekonomiliitto ja Werner Söderström Osakeyhtiö. Porvoo 2002.

- Pöyhönen, Aulis*: Euroopan kunnallissopimus. Kunnallisen itsehallinnon tavoitemalli. Oy Edita Ab. Helsinki 1996.
- Rasinmäki, Jorma*: Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus. Jyväskylä 1997.
- Ryynänen, Aimo*: Muuttuva kunnallisoikeus. Mermerus Oy. Tampere 1999.
- Rytkölä, Olavi*: Julkisoikeudellinen sopimus. Käsite, esiintymismuodot ja oikeusvaikutukset. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja A-sarja N:o 37. Suomalainen lakimiesyhdistys. Vammala 1950.
- Saarnilehto, Ari*: Sopimusoikeuden perusteet. 6. uudistettu painos. Talentum. Jyväskylä 2005.
- Sallinen, Sini*: Kunnan itselleen ottamat tehtävät ja niiden oikeudelliset reunaehdot. Akateeminen väitöskirja. Acta Universitatis Tamperensis 1212. Tampereen yliopisto, Oikeustieteiden laitos. Tampere 2007.
- Saraviita, Ilkka*: Perustuslaki 2000. Kommentaariteos uudesta valtiosäännöstä Suomelle. Lakimiesliiton Kustannus. Jyväskylä 2000.
- Siitonen, Pentti – Martikainen, Juha-Pekka*: Kuntien tekniset palvelut kokokuvassa. KuntaSuomi 2004 -tutkimuksia nro 26. Acta nro 131. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2000.
- Soppi, Petri – Volk, Raija*: Ulkoistamisen ja yksityistämisen taloudellisia vaikutuksia. Teoksessa Fredriksson, Sami – Martikainen, Tuomo (toim.): Kilpailuttamisen kokemukset. Vammala 2006, s. 66–78.
- Suomen liikenneväylät*. Liikenne- ja viestintäministeriö. <<http://www.mintc.fi/scripts/cgiip.exe/WService=lvm/cm/pub/showdoc.p?docid=2098&menuid=176>>, 29.4.2007.
- TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp*. Talousvaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
- Tukea kuntien muutokseen, Tilaaja-tuottaja -toimintatapa*. Kunnat.net – kuntatiedon keskus. <http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;29;348;88362> 30.4.2007.

Turkkila, Ilona: Kunnat valtion asialla. Tapaustutkimus valtiolta kunnille siirtyneistä vastuista. Acta nro 148. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2002.

Valkama, Pekka: Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalveluiden näennäismarkkinoilla. Akateeminen väitöskirja. Acta Universitatis Tamperensis 1039. Tampereen yliopisto, taloustieteiden laitos. Tampere 2004.

Valkama, Pekka – Marja-aho, Mikko – Siitonen, Pentti: Kaupunginosan palvelujen järjestämisen vaihtoehdot. Kuntien yhteisen kaupunginosan palvelujärjestelmä – esimerkkinä Vuores. Acta nro 169. Suomen Kuntaliitto. Helsinki 2004.

Oikeustapaukset

Korkein hallinto-oikeus (KHO)

KHO:2004:102

KHO:2006:61

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Asia C-107/1998, 18.11.1999, Teckal Srl vastaan Comune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Oikeustapauskokoelma 1999–11, I-8121.

Asia C-275/1998, 18.11.1999, Unitron Scandinavia A/S ja 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab vastaan Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri. Oikeustapauskokoelma 1999-11, I-8291.

Asia C-324/1998, 7.12.2000, Telaustria Verlags GmbH ja Telefonadress GmbH vastaan Telekom Austria AG, Herold Business Data AG:n osallistuessa asian käsittelyyn. *Oikeustapauskokoelma 2000-12 (A)*, I-10745.

Asia C-26/2003, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH vastaan Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Oikeustapauskokoelma 2005–1, I-1.

Asia C-29/2004, 10.11.2005, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Itävallan tasavalta. Ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa. Saatavilla www-muodossa: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62004J0029:FI:HTML>>, 15.4.2007.

Lainsäädäntö

Kotimainen lainsäädäntö

Asetus kunnallishallituksesta kaupungissa 40/1873

Asetus kunnallishallituksesta maalla 4/1865

Asetus kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista 380/1998

Asetus kynnysarvot ylittävistä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 381/1998

Asetus Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan voimaansaattamisesta ja peruskirjan eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta 1181/1991

Hallintolainkäyttölaki 586/1996

Hallintolaki 434/2003

Jätelaki 1072/1993

Kaupunkien kunnallislaki 108/1917

Kunnallinen vaalilaki 108/1917

Kunnallislaki 642/1948

Kunnallislaki 953/1976

Kuntalaki 365/1995

Laki avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä 389/1988

Laki Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan eräiden määräysten hyväksymisestä
1180/1991

Laki julkisen hallinnon yhteispalvelusta 223/2007

Laki julkisista hankinnoista 1505/1992

Laki julkisista hankinnoista 348/2007

Laki kilpailunrajoituksista 480/1992

Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuuksista 733/1992

Laki valtion liikelaitoksista 1185/2002

Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista
349/2007

Laki viranomaistoiminnan julkisuudesta 621/1999

Maalaiskuntain kunnallislaki 108/1917

Maankäyttö- ja rakennuslaki 132/1999

Maantielaki 503/2005

Osakeyhtiölaki 624/2006

Perusopetuslaki 628/1998

Rikoslaki 39/1889

Suomen hallitusmuoto 94/1919

Suomen perustuslaki 731/1999

Vahingonkorvauslaki 604/2002

Euroopan yhteisöjen lainsäädäntö

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31. maaliskuuta 2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31. maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 92/50/ETY, annettu 18. kesäkuuta 1992, julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 93/36/ETY, annettu 14. kesäkuuta 1993, julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 93/37/ETY, annettu 14. kesäkuuta 1993, julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten yhteensovittamisesta

Neuvoston direktiivi 93/38/ETY, annettu 14. kesäkuuta 1993, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta

Muut

Euroopan yhteisön perustamissopimus (konsolidoitu toisinto), EYVL 2002/ C 325, 24.12.2002, s. 33–184.

1 Johdanto

1.1 Tutkimuksen aihepiirin esittely

Kunnilla on lakisääteinen velvollisuus järjestää palveluja asukkailleen. Väestön ikääntyessä kunnallisten palvelujen tarve kasvaa, mutta samalla monien kuntien taloudellinen tilanne on heikentynyt. Säästötavoitteet ja demografiset ongelmat pakottavat kunnat etsimään yhä tehokkaampia ja tuottavampia keinoja palvelujen järjestämiseksi. Kunnat tuottavat pääosin palvelut vielä itse, mutta yhteistyö yksityisen sektorin toimijoiden kanssa on lisääntymässä kaiken aikaa. Kunnan palvelutuotannon järjestäminen kunnan ja yksityisen sektorin toimijan yhteisyrityksen kautta on yksi keino pyrkiä saavuttamaan tuottavuustavoitteet.

Yhteisen yrityksen perustamisen muodossa tapahtuva yhteistyö on ns. rakenteellista yhteistyötä. Tutkittavana olevaa asiaa voidaan ensinnäkin lähestyä hallinto-oikeudellisista lähtökohdista. Rakenteellinen yhteistyö on sopimusperusteista (yhteinen yhtiö perustetaan kunnan ja yksityisen toimijan välisellä sopimuksella), joka eroaa perinteisestä kunnan hallintotoiminnasta. Miten kunnan toimintaan istuu tällainen uusi hallinnollisten tehtävien hoitomuoto, jota yleisesti sääntelevät yksityisoikeudellinen lainsäädäntö ja siitä lähtöisin olevat periaatteet? Soveltuvuuden lisäksi on hyvä kiinnittää huomiota myös siihen, kenellä kunnassa on toimivalta tehdä tällaisia yhteisyrityksen perustamista koskevia sopimuksia.

Toiseksi rakenteellista yhteistyötä voidaan lähestyä hankintasääntelyn kannalta. Julkisen ja yksityisen osapuolen yhteisyritykseen liittyvä perusongelma kuntien näkökulmasta on se, miten kunta voi hankkia palvelutuotantonsa tältä osittain omistamaltaan yhtiöltä. Kunnan palvelujen hankinnoista vastaavat saattavat usein olla siinä uskossa, että omalta yhtiöltä voidaan tehdä hankinnat suoraan kilpailuttamatta. Yksityisen osapuolen mukanaolo yhtiössä muuttaa kuitenkin tilannetta. Toinen ongelmakohta on yhteisyritykselle siirrettävät hankintasopimukset. Kun yhteisyritystä perustetaan, saattaa kunta siirtää sille jo voimassa olevaa hankintasopimuskantaansa. Sopimusten siirtämisessä on havaittu ristiriitaisuuksia lainsäädännön kanssa sopimusten laatimisajankohdan vuoksi, joka on ollut lähellä niiden siirtämistä uudelle yksikölle. Tällöin suorat hankinnat näiden siirtyneiden sopimusten perusteella katsotaan kilpailuttamislainsäädännön kiertämiseksi.

Julkisten hankintojen osalta rakenteellinen yhteistyö on vielä melko sääntelemätöntä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimien (myöhemmin EY-tuomioistuimien) on antanut yhteisyritykseltä tehtäviä hankintoja selventäviä ennakkoratkaisuja, joita tällä hetkellä voidaan pitää merkittävimpänä oikeus-

lähteenä. Suomen hankintalainsäädäntöä on juuri uudistettu. Vanha laki julkisista hankinnoista (1505/1992) kumoutuu 1.6.2007 uudella julkisia hankintoja sääntelevällä lainsäädännöllä (laki julkisista hankinnoista 348/2007 sekä laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista 349/2007).¹ Lainvalmistelussa tuomioistuinratkaisut on noteerattu, ja uusiin lakeihin on sisällytetty niistä ilmenevät oikeusohjeet². Lisäksi Euroopan yhteisöjen komissio (myöhemmin komissio) on laatinut julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksia koskevan vihreän kirjan, jolla se avaa kansainvälisen keskustelun uusista yhteistyömuodoista ja yhteisön lainsäädännön soveltamisesta näissä³. On tarpeen selvittää, mitä EY-tuomioistuinratkaisussa todetaan yhteisyritykseltä tehtävistä hankinnoista ja miten nämä ohjeet on sisällytetty uuteen lakiin. Tuovatko tuomioistuinratkaisut riittävän selvyuden hankintoihin, ja onko asia säännelty riittävän tarkasti uudessa hankintalaissa?

Kunta voi perustaa yhtiön myös valtion liikelaitoksen kanssa. Tästä voidaan johtaa kolmas näkökulma rakenteellisen yhteistyön tarkasteluun. Vastuu julkisten palvelujen järjestämisestä jakautuu kuntien ja valtion kesken. Joissain tapauksista vastuunjaosta säädetään tarkastikin lailla. Kunnan ja valtion liikelaitoksen yhteisen yrityksen toiminnan tarkoituksena saattaa olla sekä kunnan että valtion tehtävien suorittaminen. Miten kunta ja valtio voivat huolehtia yhdessä tehtävistä, jotka lailla on säädetty nimenomaan toisen osapuolen huolehdittavaksi? Yleensä kuntaa ja sen itsehallintoa suojellaan näissä tilanteissa sillä perusteella, että kunnalle ei saa antaa uusia tehtäviä kuin lailla. Entä sitten, kun kunta haluaa vapaaehtoisesti suorittaa valtion tehtäviä yhteisessä yhtiössä?

1.2 Tapausesimerkki Suomesta

Aiheen tutkimustarvetta voidaan perustella kotimaisella tapausesimerkillä. Tieliikelaitos ja lukuisat kunnat ovat selvittäneet mahdollisuuksia yhdistää kunkin kunnan yhdyskuntatekniset tuotanto-toiminnot ja Tieliikelaitoksen alueelliset väylärakennus- ja -hoitotoiminnot uuteen yhdessä perustettavaan yritykseen. Joulukuussa vuonna 2005 rakennusalan kaksi urakoitsijaliittoa, Rakennusteollisuus RT ry (myöhemmin RT) ja Suomen Maarakentajien Keskusliitto (myöhemmin SMK), pyysivät kauppa- ja teollisuusministeriötä, kilpailuvirastoa sekä Suomen Kuntaliittoa selvittämään, onko Tieliikelaitoksen ja kuntien yhteisyrityksen perustamistapa laillinen ja kuuluuko

¹ Vuonna 1992 säädetty hankintalaki (1505/1992) on voimassa 31.5.2007 saakka ja 1.6.2007 tulee voimaan uusi laki (348/2007). Molemmilla laeilla on sama nimike, joten näiden erottamiseksi toisistaan käytetään tässä tutkimuksessa aiemmasta laista nimitystä *vanha hankintalaki* ja uudesta nimitystä *uusi hankintalaki*. Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetusta laista (349/2007) käytetään tässä tutkimuksessa nimitystä *erityisalojen hankintalaki*.

² HE 50/2006 vp, 16.

³ Komissio 2004.

yleisille markkinoille suuntautuva yritystoiminta kunnan toimialaan. RT:n ja SMK:n toimenpidepyynnön mukaan Tieliikelaitos on tehnyt yhteistyöselvityksiä ainakin seuraavien kuntien kanssa: Mikkeli, Jyväskylä, Kajaani, Kerava, Järvenpää, Nurmijärvi, Sipoo, Mäntsälä, Tuusula, Pornainen ja Lappeenranta. Suunnitelmat olivat edenneet pisimmälle Jyväskylän ja Tieliikelaitoksen välillä, minkä vuoksi viranomaisten vastauksissa keskityttiin erityisesti heidän hankkeeseensa.

Jyväskylän kaupunginhallitus oli tehnyt 28.11.2005 periaatepäätöksen yhteisyrityksen perustamisesta. Lopullista päätöstä eikä Tieliikelaitoksen ja Jyväskylän kaupungin välistä sopimusta yhtiön perustamiseksi ei kuitenkaan ollut tehty. Siksi kauppaja- ja teollisuusministeriö, jonka toimivaltaan julkisista hankinnoista annetun lainsäädännön noudattamisen valvonta kuuluu, ei voinut saattaa mitään päätöstä markkinaoikeuden tutkittavaksi, mutta antoi kuitenkin lausunnon suunniteltujen toimien lainmukaisuudesta.⁴

Tieliikelaitoksen ja Jyväskylän kaupungin suunnitteleminen kunnan yhdyskuntateknisten tuotanto- toimintojen ja Tieliikelaitoksen alueellisten väylärakennus- ja -hoitotoimintojen yhdistämistä järjestelyjen tarkoituksena oli saada Jyväskylän kaupungin infrastruktuurityöt avoimen kilpailun piiriin lyhyen ajan kuluessa. Uusi yhteisyritys olisi toiminut avoimilla markkinoilla heti perustamisensa jälkeen.⁵

Perustettava yritys olisi ostanut Jyväskylän kaupungin kokonaan omistaman Altek Aluetekniikan alueiden hoidon ja yhdyskuntarakentamisen liiketoiminnan sekä Tieliikelaitoksen liiketoimintoja. Kaupassa uuteen yhtiöön olisi siirtynyt myös olemassa olevaa alueiden rakentamista, kunnossapitoa ja hoitoa koskevaa sopimuskantaa. Kaikki Jyväskylän Altek Aluetekniikalta siirtyvät sopimukset eivät kuitenkaan olisi olleet vielä kauan voimassa ennen niiden siirtoa uudelle yhtiölle, vaan niitä oli tarkoitus laatia Jyväskylän ja Altek Aluetekniikan välillä vielä juuri ennen siirtoa.

Ainakin Jyväskylän kaupunki olisi käyttänyt näitä alueiden hoidon ja rakentamisen palveluja yhtiön perustamisen yhteydessä siirrettyjen, alun perin Jyväskylän ja sen omistaman Altek Aluetekniikan välillä tehtyjen sopimusten nojalla. Vanhan hankintalain mukaan kuitenkin kunnan ulkopuolelta hankittavat palvelut on kilpailutettava käyttäen hyväksi olemassa olevat kilpailumahdollisuudet (5 §). Hankintayksikkö voisi toteuttaa hankinnan ilman kilpailuttamista

⁴ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006.

⁵ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006.

vain omana työnään tai hankkimalla sen sidosyksiköltään tietyin rajoituksin, joita käsitellään myöhemmin tässä tutkimuksessa.⁶

Julkisen ja yksityisen sektorin toimijoiden välinen yhteisyritys ei EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan täytä niitä sidosyksikön ja hankintayksikön välisen sidossuhteen edellytyksiä, joiden perusteella julkinen osapuoli voisi tehdä yritykseltä suoria hankintoja. Jyväskylä ei siis olisi voinut tehdä palveluhankintoja suoraan uudelta yhteisyritykseltä. Samoin totesi kauppa- ja teollisuusministeriö lausunnossaan.⁷

Toinen ongelma tapauksessa oli Jyväskylän kaupungin suorat palveluhankinnat perustettavalta yhteisyritykseltä juuri ennen yhtiölle siirtämistä tehtyjen sopimusten perusteella. Kauppa- ja teollisuusministeriön mukaan tämä olisi hankintalainsäädännön kilpailuttamisvelvoitteen vastaista. Perusteluna lausunnossa viitataan yhteisön tuomioistuimen 10.11.2005 tekemään ratkaisuun asiassa C-29/2004 (komissio vastaan Itävalta). Ratkaisussa todettiin Euroopan yhteisöjen hankintadirektiivin vastaiseksi menettely, jossa hankintayksikkö oli tehnyt hankintasopimuksen sen kokonaan omistamalta yhtiöltä siten, että pian hankintasopimuksen tekemisen jälkeen sidosyksikön osuuksista 49 prosenttia myytiin yksityiselle yritykselle. Tuomioistuimen ratkaisussa järjestely katsottiin keinotekoiseksi tarkoituksena kiertää hankintojen kilpailuttamisvelvoite.⁸

Lausuntonsa lopussa kauppa- ja teollisuusministeriö toteaa, että toimintojaan ulkoistaessaan hankintayksikkö voi suhteellisen vapaasti valita kilpailutettavan palvelukokonaisuuden ja ehdot, joilla palvelu halutaan toteuttaa. Yhteisyrityksenkin perustaminen on mahdollista, kunhan hankintalainsäädännön velvoitteita noudatetaan.⁹

Koska suunnitellut toimet olivat ristiriidassa kilpailu- ja hankintalainsäädännön kanssa, Jyväskylä päätti luopua yhteisyrityshankkeesta. Kaupunki pyrkii sitä vastoin tehostamaan omistamansa Altek Aluetekniikan toimintaa liikelaitosmuodossa rakenteellisin muutoksin. Joitakin toimintoja muun muassa ulkoistetaan yksityiselle palveluntuottajalle.¹⁰ Tässä tutkimuksessa tarkastellaan lähemmin Jyväskylän ja Tieliikelaitoksen tapauksessa esiin tulleita ongelmakohtia.

⁶ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006, 3.

⁷ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006, 3.

⁸ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006, 3–4.

⁹ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006, 4.

¹⁰ Jyväskylän kaupunki 2006 (Liiketoimintatoimiala).

1.3 Tutkimustehtävä

1.3.1 Tutkimuksen tavoite ja tutkimusongelma

Tutkimuksen tarkoituksena on kartoittaa kunnan ja yksityisen yhtiön välisen rakenteellisen yhteistyön oikeudellisia reunaehtoja. Pää tutkimustehtävä jakautuu kolmeen tutkimusongelmaan. Rakenteellinen yhteistyö perustuu sopimukseen kunnan ja yksityisen toimijan välillä, joten ensimmäisenä tutkimusongelmana on, *miten sopimustoiminta soveltuu kunnan toimintaan*. Tarkastelun kohteena ovat hallinto-oikeudellisen sääntelyn asettamat rajat rakenteelliselle yhteistyölle. Toinen tutkimusongelma on, *miten yhteisyritystä voidaan käyttää kunnan palvelutuotannossa*. Tässä tarkastellaan hankintalainsäädännön asettamia rajoja rakenteelliselle yhteistyölle. Lisäksi tutkimuksessa esitetään, että myös valtion liikelaitos on verrattavissa yksityiseen yhtiöön. Kolmas tutkimusongelma siten on, *millaisia rajoja kunnan ja valtion välinen lakisäätäinen vastuunjako julkisten palvelujen järjestämisessä asettaa kunnan ja valtion liikelaitoksen rakenteelliselle yhteistyölle*. Varsinaisten tutkimusongelmien ratkaisemisen tueksi tutkimuksessa selvitetään, mitkä ovat kunnallisen palvelutuotannon peruslähtökohdat ja mitä rakenteellisella yhteistyöllä tarkoitetaan.

1.3.2 Tutkimusmenetelmä ja -aineisto

Tutkimus on oikeusdogmaattinen eli lainopillinen. Tarkastelun kohteena ovat pääasiassa Suomen lainsäädäntö ja oikeuskirjallisuus, joiden perusteella pyritään löytämään ja esittämään tulkintoja julkisen ja yksityisen väliselle sopimustoiminnalle palvelujen järjestämisessä. Koska hankintalainsäädäntömme perusta on Euroopan yhteisöjen lainsäädännössä, on tarpeellista tutkia myös yhteisön oikeussääntöjä ja muita oikeuslähteitä, kuten komission antamia tiedonantoja ja muita asiakirjoja. Tutkimuksessa tarkastellaan myös hankintalainsäädännön tulkintaa ohjaavaa Euroopan yhteisöjen ja kotimaisten tuomioistuinten oikeuskäytäntöä.

1.3.3 Keskeiset käsitteet

Hankintayksikköjä ovat vanhan hankintalain¹¹ 2 §:n mukaan 1) valtion, kuntien ja kuntainliittojen viranomaiset sekä evankelisluterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkkokunta, 2) oikeushenkilöt, joiden katsotaan kuuluvan julkishallintoon, 3) yksiköt, joiden toimialaan kuuluu vesihuolto, energihuolto, liikenteen harjoittaminen ja teletoiminta, 4) valtion liikelaitokset sekä 5) mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun 1-, 2- tai 4-kohdassa mainittujen yksikköjen hankinnan

¹¹ Tässä keskeisten käsitteiden määrittelyssä käytettyjen vanhan hankintalain säännösten sisältö löytyy myös uudesta hankintalaista. Uuden hankintalain pykälä ei ole katsottu tarpeelliseksi esittää tässä yhteydessä.

tekemistä varten myöntämän tuen määrä on yli puolet hankinnan arvosta. Myös yksityisoikeudellinen osakeyhtiö voi olla hankintayksikkö, mikäli se suorittaa julkista tehtävää¹².

Julkisella hankinnalla tarkoitetaan tavaroiden ja palvelujen ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä (vanhan hankintalain 4.1 §).

Julkisen ja yksityisen sektorin välisellä kumppanuudella (Public-private-partnership -mallilla (PPP)) tarkoitetaan julkisen ja yksityisen sektorin toimijoiden yhteistyötä. Kumppanuus voidaan määritellä myös yksityisrahoitusmalliksi tai käyttöoikeussopimukseksi, jotka molemmat yleensä viittaavat yksityisen rahoituksen käyttämiseen julkisessa palvelutuotannossa¹³. Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuudella tarkoitetaan yleensä julkisviranomaisten ja yritysmaailman yhteistyömuotoja, joiden tarkoituksena on jonkin infrastruktuurin rahoittaminen, rakentaminen, uudistaminen, hallinnointi tai huolto taikka jonkin palvelun toimittaminen¹⁴.

Julkisella vallalla tarkoitetaan mahdollisuutta säilyttää, perustaa, muuttaa tai kumota oikeudellisia tai muita olosuhteita. Julkisen vallan käyttäjinä viranomaiset voivat asettaa yksityisille velvollisuuksia tai rajoituksia tai päättää muutoin yksityisten oikeuksista ja eduista. Julkista valtaa voivat käyttää vain ne, joille siihen on annettu mahdollisuus lailla tai sen nojalla. Julkisen vallan haltija ei yleensä voi luovuttaa valtaansa toiselle, ja sitä on yleensä käytettävä yleisen eikä haltijansa yksityisen intressin edistämiseksi.¹⁵

Julkisilla palveluilla tarkoitetaan palveluja, jotka valtio ja kunnat tarjoavat kansalaisille erilaisissa hallinnollisissa muodoissa. Hallintoelinten tuottamien ja tarjoamien julkisten palvelujen sisältönä on esimerkiksi koulutus, terveydenhuolto, sosiaalihuolto, kuluttajaneuvonta, kulttuuritarjonta, liikenne ja jätehuolto.¹⁶

Rakenteellisella yhteistyöllä tarkoitetaan julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyä, jossa perustetaan julkisen ja yksityisen kumppanin yhteisesti hallinnoima yksikkö¹⁷. Tällaista

¹² Kalima 2001, 49.

¹³ PPP (Public-Private-Partnership) -malli <http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;348;117363;117369>. Käyttöoikeussopimuksella tarkoitetaan sopimusta, jonka tarkoituksena on rakennusurakan suorittaminen, hankkeen toteuttaminen tai palvelun toimittaminen. Ero tavalliseen hankintasopimukseen on se, että käyttöoikeussopimuksella toteutettavan työn tai palvelun korvauksena on joko yksinomaan kyseisen työn tai palvelun käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä. (Komissio 2004, 6.)

¹⁴ Komissio 2004, 3.

¹⁵ Heuru 2003, 66–67 ja Mäenpää 2003, 15–16.

¹⁶ Mäenpää 2003, 9 ja 130–132.

¹⁷ Komissio 2004, 19.

yksikköä, jonka perustamiseksi siihen ovat sijoittaneet pääomaansa sekä yksityisen että julkisen sektorin osapuolet, voidaan kutsua myös sekapääomayksiköksi.

Sidosyksiköllä tarkoitetaan EY-tuomioistuimen mukaan oikeushenkilöä, jota paikallisviranomaisen valvoo samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joka harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.¹⁸ Tuomioistuimen mukaan yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa myös hankintaviranomainen on mukana, sulkee pois sen, että kyseinen hankintaviranomainen voisi valvoa yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan.¹⁹

Sopimus on kahden tai useamman toisiansa edellyttävän oikeustoimen yhdistelmä. Sopimus koskee kahta tai useampaa fyysistä tai oikeushenkilöä. Sopimus voidaan määritellä myös sellaiseksi tosiasioiden kokonaisuudeksi, jonka perusteella oikeusjärjestyksen mukaan voidaan katsoa sidonnaisuuden syntyneen osapuolten välille.²⁰

Sopimusvapaudella on alun perin tarkoitettu valinnan vapautta, kykyä oman oikeudellisen tahdon muodostamiseen ja käyttämiseen. Sitä voidaan tarkastella nykyisin myös riskinjaon näkökulmasta: sopimuksella jaetaan osapuolten kesken riskit yhteisen tavoitteen saavuttamisessa. Sopimusvapautteen voidaan sisällyttää muu muassa seuraavat seikat:

- päätäntävapaus eli vapaus tehdä ja olla tekemättä sopimuksia
- valintavapaus eli vapaus valita sopimuskumppaninsa
- sisältövapaus eli vapaus määrätä itse, minkälaisin ehdoin sopimus tehdään
- muotovapaus eli vapaus itse määrätä, missä muodossa tai järjestyksessä sopimus tehdään
- tyyppivapaus eli vapaus valita tehtävän sopimuksen tyyppi
- purkamisvapaus eli vapaus laillisin keinoin vetäytyä sopimussuhteesta ja olla jatkamatta sitä
- vapaus sopia noudatettavasta laista ja riitojen ratkaisemisesta.²¹

¹⁸ Asia C-107/1998, kohta 50. Kok. 1999–11, I-8121.

¹⁹ Asia C-26/2003, kohta 49. Kok. 2005–I, I-1.

²⁰ Saarnilehto 2005, 3–4.

²¹ Saarnilehto 2005, 37.

1.3.4 Tutkimuksen rakenne

Tutkimuksen alussa on johdantoluku, jossa esitellään tutkimus ja perustellaan sen yhteiskunnallinen merkitys sekä kerrotaan, miten se toteutetaan. Toisessa luvussa tarkastellaan kunnallista itsehallintoa ja kunnallisen palvelutuotannon peruslähtökohtia. Luvussa selvitetään, mitä kuntien palvelutuotannosta säädetään laissa (miten kunta voi huolehtia palvelujen järjestämisvastuustaan) ja mitä etuja ja toisaalta ongelmia voidaan nähdä palvelutuotannon ulkoistamisessa. Lisäksi selvitetään, milloin kunnan tehtäviä voidaan antaa muulle, kuin viranomaiselle.

Kolmannessa luvussa esitellään rakenteellinen yhteistyö yksityistämismallina. Neljännessä luvussa käsitellään sopimusta rakenteellisen yhteistyön perustana. Luvussa selvitetään, mitä kunnan perinteisellä hallintotoiminnalla tarkoitetaan ja miten sopimustoiminta soveltuu siihen. Lopuksi selvitetään, kenellä kunnassa on toimivalta tehdä sopimus rakenteellisesta yhteistyöstä ja yhteisyrityksen perustamisesta yksityisen toimijan kanssa.

Viidennessä luvussa käsitellään rakenteellista yhteistyötä kuntien palvelutuotannossa. Luvussa selvitetään, mitä kunnan omalla sidosyksiköllä tarkoitetaan ja milloin kunta voi tehdä tältä suoria palveluhankintoja sekä millaisia ongelmakohtia liittyy kuntien tekemien ostopalvelusopimusten siirtämiseen rakenteellisen yhteistyön yhteydessä. Lisäksi selvitetään, mitä erityispiirteitä liittyy kunnan ja valtion liikelaitoksen väliseen rakenteelliseen yhteistyöhön. Viimeisessä, kuudennessa luvussa kootaan olennaisimmat tutkimustulokset ja tehdään päätelmiä niiden perusteella sekä pohditaan, tarvitseeko jokin esiin tullut asia vielä jatkotutkimusta.

2 Kuntien itsehallinto ja palvelutuotanto

2.1 Itsehallinto itsenäisen päätösvallan perusteena

2.1.1 Paikallinen itsehallinto muotoutuu kunnallislainsäädännön kehittymisen myötä

Paikallista itsehallintoa on Suomessa määrätietoisesti alettu kehittää 1800-luvun puolivälin jälkeen. Vuoden 1865 maalaiskuntia koskevalla kunnallisasetuksella²² kunta sai oman, kirkollisesta hallinnosta erillisen hallinto-organisaation. Vuonna 1873 kaupunkien kunnallishallinnosta annettu asetus²³ toteutti uudistuksen myös kaupungeissa. Kyseisillä asetuksilla vahvistettiin valtuustojen asemaa ja lakkautettiin porvariston etuoikeutettu asema ja samalla luotiin nykyisen kuntajärjestelmän perusta.²⁴

1900-luvun alussa säädettiin ensimmäiset maakuntia ja kaupungeja koskevat kunnallislait²⁵. Näiden epäyhtenäisyyden vuoksi kuitenkin lainsäädäntöä uudistettiin muutaman vuosikymmenen kuluttua säännökset yhteen kokoavaksi kunnallislaki (642/1948), jota puolestaan yhtenäistettiin edelleen vuoden 1976 kunnallislaki (953/1976). Tässä laissa samat säännökset säädettiin koskemaan sekä kaupungeja että maalaiskuntia, ja sen keskeisiä tavoitteita olivat yhtenäistämisen lisäksi kuntien itsehallinnon ja kunnallisen kansanvallan vahvistaminen sekä suunnitelmallisuuden lisääminen.²⁶

Kunnallishallinnon kehitys jatkui edelleen, ja eduskunta toteutti kunnallislainsäädännön kokonaisuudistuksen 1990-luvulla säätämällä nykyisen kuntalain (365/1995). Aikaisemmista kunnallislakeista ensimmäistä on luonnehdittu kokoavaksi ja seuraavaa yhtenäistäväksi. Nykyistä kuntalakia puolestaan sanotaan mahdollistavaksi, sillä perusarvojen toteutumisen turvaavien velvoittavien säännösten ohella se antaa kunnille vaihtoehtoja erilaisiin hallintomalleihin ja toimintatapoihin.²⁷

2.1.2 Itsehallinnon perustuslainsuoja ja itsehallinnon merkitys

Kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuoja on aiemmin ollut kirjattuna Suomen hallitusmuodon (94/1919) 51.2 §:ään: ”Kuntain hallinnon tulee perustua kansalaisten itsehallintoon, niin kuin

²² Asetus kunnallishallituksesta maalla (4/1865).

²³ Asetus kunnallishallituksesta kaupungissa (40/1873).

²⁴ Harjula – Prättälä 2001, 10.

²⁵ Kaupunkien kunnallislaki (108/1917), kunnallinen vaalilaki (108/1917) ja maalaiskuntain kunnallislaki (108/1917).

²⁶ Harjula – Prättälä 2001, 10–11.

²⁷ Harjula – Prättälä 2001, 13–14.

erityisissä laeissa siitä säädetään.” Uusi Suomen perustuslaki (731/1999), jolla muun muassa kumottiin Suomen hallitusmuoto, tuli voimaan 1.3.2000. Paikallisen itsehallinnon suoja siirtyi uuden lain 121 §:ään, joka korvaa aiemman Suomen hallitusmuodon 51.2 §:n. Perustuslain säännös kuuluu seuraavasti:

121 § Kunnallinen ja muu alueellinen itsehallinto

Suomi jakaantuu kuntiin, joiden hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon.

Kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla.

Kunnilla on verotusoikeus. Lailla säädetään verovelvollisuuden ja veron määräytymisen perusteista sekä verovelvollisen oikeusturvasta.

Itsehallinnosta kuntia suuremmilla hallintoalueilla säädetään lailla. Saamelaisilla on saamelaiden kotiseutualueella kieltään ja kulttuuriaan koskeva itsehallinto sen mukaan kuin lailla säädetään.

Jyrängin mukaan perustuslaki antaa suojaa kunnalliselle itsehallinnolle lailla tapahtuvaa puuttumista vastaan. Koko 121 §:n tarkoituksena on estää puuttumasta tavallisella lailla itsehallinnon keskeisiin ominaispiirteisiin sellaisella tavalla, joka asiallisesti ottaen tekisi itsehallinnon merkityksettömäksi.²⁸ Pykälän toinen momentti on merkittävä kunnan palvelutuotannon ja muiden tehtävien kannalta, sillä se määrää, että kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla. Kunnan toimiala on perinteisesti jaettu kahteen osaan. On olemassa tietty ala, josta kunnat saavat huolehtia sen mukaan, miten ne pystyvät kunnallisverotuksella keräämään varoja tehtävän hoitamiseksi (yleinen toimiala). Tämän lisäksi kuitenkin valtio voi lailla antaa kunnille tehtäviä, jotka niiden on pakko hoitaa ja joiden kustannuksiin valtio osallistuu (erityistoimiala).²⁹

Kuntien itsehallinnolliseen asemaan vaikuttavat myös perustuslaissa säädetyt hallinnon peruseriaatteen. Lain 2.1 § vahvistaa kansanvallan ja määrittää sen sisältöön kuuluvan yksilön oikeuden osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen.³⁰ Kunnallishallinnon kansanvaltaisuus edellyttää, että kunnat voivat omilla päätöksillään ottaa hoidettavakseen asukkaiden yhteisessä intressissä olevia asioita (em. yleinen toimiala). Kuntien tehtäviä ei siis voida rajata pelkkien lakisääteisten velvoitteiden hoitamiseen.³¹

²⁸ Jyränki 2000, 151–152. Ks. myös Hannus – Hallberg 2000, 97 ja Harjula – Prättälä 2001, 26.

²⁹ Jyränki 2000, 152.

³⁰ Harjula – Prättälä 2001, 22.

³¹ Harjula – Prättälä 2001, 31.

Kunnallisen itsehallinnon kulmakiveksikin sanotun yleisen toimialan piiriin kuuluvia tehtäviä ei ole määritelty laissa. Oikeuskirjallisuudessa tehtävien luonnetta on kuitenkin eritelty. Harjulan ja Prättälän mukaan sen, että kunta huolehtii tehtävän hoitamisesta, pitää olla yleisesti hyväksyttävää, tarkoituksenmukaista ja sopivaa ja tehtävän hoitamisen tulee olla kunnan ja kuntalaisten edun mukaista³². Hannus ja Hallberg nostavat tässä esiin hallinnon toissijaisuuden periaatteen, jonka mukaisesti julkishallinto voi ottaa huolehtiakseen tehtävistä vain sitä mukaa ja siinä määrin kuin yleisen edun on katsottu vaativan. Kunta ei siis voisi laajentaa toimintaansa aloille, jotka perinteisesti ovat kuuluneet yksityiselle sektorille. Kunnan olisi mahdollista toimia näillä aloilla vain, jos yksityinen sektori ei pystyisi tehtävistä yleisen edun kannalta riittävästi huolehtimaan.³³ Kunnan hoitamien tehtävien hyväksyttävyyttä joudutaan arvioimaan muun muassa silloin, kun kunta ryhtyy harjoittamaan elinkeinotoimintaa tai osallistuu tällaiseen toimintaan.³⁴

Perustuslain 2.3 §:ssä säädetään oikeusvaltioperiaatteesta – siitä, että julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja että kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Harjulan ja Prättälän mukaan oikeusvaltioperiaate vaikuttaa myös kunnan oikeusaseman sääntelyyn; kunta on valtiosta erillinen oikeushenkilö, joten sille annettavat velvoitteet säädetään lailla eikä lakia alemmanasteisilla säännöksillä.³⁵ Lailla säätämisen vaatimus kunnille annettavista velvoitteista todetaan myös kuntalain 2.1 §:ssä: ”Kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädetyt tehtävät. Kunnille ei saa antaa uusia tehtäviä tai velvollisuuksia taikka ottaa pois tehtäviä tai oikeuksia muuten kuin säätämällä siitä lailla.”

2.1.3 Kansainvälisiä vaikutteita – Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja

Suomen liittyttyä vuonna 1989 Euroopan neuvoston jäseneksi ja vuoden 1995 alusta Euroopan unionin jäseneksi kansainvälisen oikeuden velvoitteet ovat olleet kiinteä osa Suomen oikeusjärjestystä³⁶. Kunnallinen itsehallinto on kuulunut keskeisesti Euroopan neuvoston toimintapolitiikkaan aina neuvoston perustamisesta saakka. Neuvosto laati 1980-luvulla itsehallintoa koskevan sopimuksen, jolla on oikeudellista sitovuutta sopimuksen hyväksyneissä ja ratifioineissa maissa. Pöyhösen mukaan sopimuksen tavoitteena on luoda eurooppalaiset standardit mitoittamaan

³² Harjula – Prättälä 2001, 78.

³³ Hannus – Hallberg 2000, 83.

³⁴ Harjula – Prättälä 2001, 79.

³⁵ Harjula – Prättälä 2001, 23.

³⁶ Harjula – Prättälä 2001, 51.

ja suojaamaan paikallista itsehallintoa. Kyseinen sopimus on Euroopan kunnallissopimus, joka ehkä paremmin tunnetaan nimellä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja.³⁷

Suomi allekirjoitti Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan (SopS 66/1991) kesäkuussa 1990 ja ratifioi sen eduskunnan hyväksytyä lain peruskirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta (1180/1991). Suomella ei ollut vaikeuksia ratifioida peruskirjaa, sillä siinä ei ollut määräyksiä, jotka olisivat olleet ristiriidassa Suomen lainsäädännön kanssa.³⁸ Peruskirja ilmaisee yleisen eurooppalaisen käsityksen kunnallisen itsehallinnon periaatteista (vaikka kaikki Euroopan neuvoston jäsenmaat eivät sitä olekaan allekirjoittaneet). Peruskirja saatettiin Suomessa voimaan asetuksella (1181/1991) vuoden 1991 lokakuun alusta.³⁹

Peruskirjan 3 artiklan 1 kohdan mukaan paikallinen itsehallinto tarkoittaa paikallisviranomaisten oikeutta ja kelpoisuutta säännellä ja hoitaa lain nojalla huomattavaa osaa julkisista asioista omalla vastuullaan ja paikallisen väestön etujen mukaisesti. Tällä kohdalla taataan kunnille toimivalta päättää omista asioistaan ja ottaa tehtäviä hoidettavakseen, mutta toisaalta näitä voidaan määritellä lailla tarkemmin. Pöyhönen tarkentaa, että käsitteellä 'omalla vastuulla' tähdennetään sitä, että kuntia ei pidä rajoittaa toimimaan pelkästään ylempien viranomaisten agentteina.⁴⁰

Toinen merkittävä kohta peruskirjassa on 4 artikla. Sen ensimmäisen kohdan mukaan ”paikallisviranomaisten perustavanlaatuiset toimivaltuudet ja tehtävät säädetään perustuslaissa tai muussa laissa. Tämä määräys ei kuitenkaan estä toimivaltuuksien ja tehtävien antamista paikallisviranomaisille erityistarkoituksissa lain nojalla.” Kyseinen kohta ilmaisee sen, että kuntien velvollisuuksien pitää pohjautua lakiin yleisesti, eikä niistä voida säätää vain tapauskohtaisesti⁴¹. Saman artiklan kolmannessa kohdassa on lausuttu läheisyysperiaate (subsidiariteettiperiaate); ”Julkisista tehtävistä tulee yleensä ensisijaisesti huolehtia kansalaista lähinnä olevien viranomaisten.”

Paikallisen itsehallinnon peruskirjaa voidaan pitää merkittävänä askeleena kunnallisen itsehallinnon määrittelyssä, sillä peruskirja määrittelee itsehallinnon keskeiset ainesosat, tosin melko yleispiirteisesti.⁴² Hallintovaliokunnan antamassa hallituksen kuntalakiehdotusta koskevassa mietinnössä sanotaan, että sopimus on periaatteessa tuomioistuimissa suoraan sovellettavaa

³⁷ Pöyhönen 1996, 16–17.

³⁸ Pöyhönen 1996, 20.

³⁹ Harjula – Prättälä 2001, 54.

⁴⁰ Pöyhönen 1996, 34.

⁴¹ Pöyhönen 1996, 38.

⁴² Heuru – Mennola – Rynänen 2001, 74.

oikeutta, mutta peruskirjan määräykset ovat kuitenkin niin väljiä, että käytännössä niitä käytetään lähinnä tulkintaan vaikuttavina itsehallintoa tukevin periaatteina⁴³. Peruskirjan heikkoutena on tehokkaan valvontakoneiston puuttuminen. Peruskirja ei sisällä sen noudattamisen oikeudellista valvontajärjestelmää. Valvonta perustuu vain asiantuntijaraportointiin ja niiden perusteella annettaviin suosituksiin ja päätöslauselmiin.⁴⁴

2.1.4 Kunta on itsenäinen instituutio – ei valtion paikallishallintoa

Lähtökohta kunnan asemassa on selkeä; kunta on itsenäinen instituutio, ei valtionhallinnon alainen⁴⁵. Asia ei kuitenkaan aina ole ollut näin. 1960- ja 1970-lukujen aikoihin kunnallisella itsehallinnolla ei maassamme vielä ollut merkittävää sisältöä. Kuntien hallinto oli yhtenäinen kaikilla hallinnonaloilla pakollisine lautakuntineen ja virkoineen, sillä valtio säänteli kuntien hallintoa, toimintaa ja taloutta puitelaeilla ja erilaisilla hallinnollisilla normeilla sekä valtiosuuksilla. 1970–80-lukujen vaihteen jälkeen valtion keskushallinnon ohjausta väljennettiin ja valtionhallinnon tehtäviä siirrettiin alaspäin. Erityisesti lääninhallitukset saivat lisää valtaa, mutta jossain määrin myös kunnat. 1980-luvun lopulla käynnistynyt vapaakuntakokeilu oli hyppy kuntien itsehallinnon suuntaan, jolloin lautakuntien määrä väheni huomattavasti ja kuntien sisäinen delegointi vapautui. Kehitys jatkui edelleen 1990-luvun puolella, kun vuoden 1993 alussa valtiosuusjärjestelmän uudistuksen yhteydessä poistettiin valtion yksityiskohtaisen talousohjauksen mahdollisuus. Samalla myös lääninhallitusten valvontatehtäviä rajoitettiin.⁴⁶

Nykyisin kunta on osa julkisen vallan organisaatiota, mutta sitä ei pidetä osana varsinaista valtionhallintoa, vaikka se huolehtiikin joistain valtionhallinnon tehtävistä. Kunnallinen itsehallinto ilmenee sen itsenäisen päätösvallan käyttämisenä kunnanvaltuustojen ja lautakuntien päätöksenteossa paikallisella tasolla toteutetun edustuksellisen demokratian kautta.⁴⁷

Hannus ja Hallberg toteavat, ettei juuri voida esittää selviä perusteita julkishallinnon tehtävien jakamiselle laatunsa ja luonteensa puolesta joko valtionhallinnolle tai kunnallishallinnolle. Tärkeimpänä näkökohtana jonkin tehtävän säätämisessä kuntien hoidettavaksi on ollut yksinkertaisesti se, että kunnallishallinto on soveltunut käytännössä parhaiten siitä huolehtimaan. Toisaalta joidenkin tehtävien osalta pitkäaikainen käytäntö on muovannut tehtävien jaon. Tällöin lakien säännökset

⁴³ HaVM 18/1994 vp – HE 192/1994 vp, 3. Ks. myös Komiteamietintö 1999:33, 114.

⁴⁴ Harjula – Prättälä 2001, 56. Ks. myös Pöyhönen 1996, 22.

⁴⁵ Heuru – Mennola – Ryyänen 2001, 86.

⁴⁶ Harjula – Prättälä 2001, 4–5.

⁴⁷ Jyränki 2000, 151.

ovat oikeastaan vain asian toteavia ja keskittyvät lähinnä siihen, miten kyseessä olevat tehtävät on hoidettava. Lainsäädäntöä on kehitetty siten, että erityistoimialaankin kuuluvien asioiden kohdalla se, miten asiat hoidetaan, jää entistä enemmän kuntien itsensä päätettäväksi. Kunnan on samalla kuitenkin huolehdittava säännöksillä asetettujen tavoitteiden saavuttamisesta.⁴⁸

Valtiolla ja kunnilla on perustuslain mukaan yhteisvastuu hyvinvointiyhteiskunnan turvaamisesta. Lain 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteuttaminen. Julkinen valta käsittää sekä valtion että kunnan, joten yhteisvastuu on jaettu, vaikka perusoikeussäännösten ensisijainen velvoitettu onkin valtio. Perusoikeussäännökset eivät kuitenkaan määrittele valtion ja kuntien työnjakoa hyvinvointivaltion peruspalvelujen toteuttamisessa, vaan työnjako on erikseen määriteltävä, ja kunnille annettavista tehtävistä tulee säätää lailla.⁴⁹

2.2 Palvelujen tuotantomahdollisuudet lain mukaan

2.2.1 Järjestämisvastuu eroaa tuottamisvastuusta

Keskeinen kunnan tehtäviä sääntelevä lainkohta on kuntalain 2 §:

2 § Kunnan tehtävät

Kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädetyt tehtävät. Kunnille ei saa antaa uusia tehtäviä tai oikeuksia muuten kuin säätämällä siitä lailla.

Kunta voi sopimuksen nojalla ottaa hoitaakseen muitakin kuin itsehallintoonsa kuuluvia julkisia tehtäviä.

Kunta hoitaa sille laissa säädetyt tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia muilta palvelujen tuottajilta.

Kuntien palvelutuotannon tarkastelussa on tärkeää erottaa toisistaan palvelujen järjestäminen (eli hoitaminen, jota sanaa laissa käytetään) ja palvelujen tuottaminen. Kunnilla on laissa säädetty velvollisuus tarjota asukkailleen tiettyjä palveluja, mutta niille on pääasiassa jätetty vapaus päättää itsenäisesti, miten palvelut tuotetaan. Kunnat voivat tuottaa palveluja omissa tuotantoyksiköissään tai huolehtia niistä yhdessä muiden kuntien viranomaisten kanssa. Kunnat voivat myös ostaa palveluja muilta kunnilta tai yksityisiltä palveluntuottajilta yleisiltä markkinoilta. Lisäksi kunnat voivat perustaa yhtiöitä tai olla osallisina sellaisissa palvelujen tuottamisessa.

⁴⁸ Hannus – Hallberg 2000, 79–80.

⁴⁹ Harjula – Prättälä 2001, 5.

Järjestämisvastuulla tarkoitetaan sitä, että palveluja on oltava kunnan asukkaiden saatavilla. Järjestämisvastuuseen kuuluu useimmiten muun muassa viranomaistehtäviä, valvontaa, rahoitusta ja sopimista. Harjulan ja Prättälän mukaan kuntalain 2 §:ssä tehtävien hoitamisella viitataan juuri järjestämisvastuuseen.⁵⁰ Palvelujen tuottaminen eroaa kuitenkin järjestämisestä oleellisesti, sillä kunnan ei välttämättä tarvitse tuottaa palveluja itse. Hallituksen esityksen mukaan kunnan itsehallintoon kuuluu päättää siitä, tuottaako kunta palveluja itse, vai toimiiko se vain palvelujen järjestäjänä⁵¹.

Kuntalain 2.3 § mahdollistaa kuntien yhteistoiminnan palvelutuotannossa sekä palvelujen hankkimisen myös muilta kuin kunnallisilta viranomaisilta. Heurun mukaan pykälän viimeisen virkkeen sanonta muista palvelun tuottajista viittaa muuhun kuin julkishallinnolliseen palvelun tuottajaan, siis yksityissektoriin. Hannus ja Hallberg katsovat säännöksen viittaavan yksityissektorin ohella myös toisiin kuntiin, kuntayhtymiin, valtioon tai muihin julkisoikeudellisiin yhteisöihin tai laitoksiin.⁵² Kyseinen säännös yksityistämisen mahdollistamisesta ei ole normatiivisesti kovinkaan yksityiskohtaisesti määräävä. Erityislait menevätkin tämän edelle ja kieltävät, sallivat tai rajoittavat yksityistämistä tarkemmin.⁵³

Harjula ja Prättälä summaavat kuntien palvelutuotannon lähtökohtana olevan sen, että kunta voi itse ratkaista, millä tavoin sen järjestettävänä olevat palvelut tuotetaan. Vaihtoehtoina he luettelevat seuraavia erilaisia palvelutuotantotapoja:

- palvelun tuottaminen itse
- palvelun tuottaminen yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa
- palvelun hankkiminen ostopalveluna toiselta kunnalta tai kuntayhtymältä
- palveluja tuottavan osakeyhtiön tai muun yksityisoikeudellisen yhteisön perustaminen tai sellaisessa osakkaana oleminen
- palvelun hankkiminen valtiolta tai muulta julkisyhteisöltä
- palvelun hankkiminen yksityiseltä palvelujen tuottajalta.⁵⁴

⁵⁰ Harjula – Prättälä 2001, 106.

⁵¹ HE 192/1994 vp, 75.

⁵² Heuru 2001, 61 ja Hannus – Hallberg 2000, 100.

⁵³ Ks. esimerkiksi laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (733/1992) 4.1 §, perusopetuslaki (628/1998) 4 ja 7–8 §, jätelaki (1072/1993) 10.2 §. Ks. myös Heuru 2001, 64. Yksityistämistä tarkastellaan tässä tutkimuksessa tarkemmin luvussa 2.2.3.

⁵⁴ Harjula – Prättälä 2001, 108.

Viime aikoina on joissakin kunnissa eriytetty palvelujen järjestämisvastuu ja tuotanto myös kuntien sisäisessä organisaatiossa. Tätä kutsutaan tilaaja–tuottaja-malliksi. Siinä kunnan tietyt organisaatio-osat toimivat lähinnä hallinnollisina palvelujen järjestäjinä – tilaajina, ja toiset osat toimivat palvelujen tuottajina.⁵⁵

2.2.2 Oma tuotanto ja kuntien välinen yhteistyö

Ensisijaisena kunnan tehtävien hoidon järjestelynä on, että kunta itse hoitaa tehtävät oman organisaationsa toimesta. Tämä koskee sekä kunnan lakisääteisiä että sen vapaaehtoisesti itselleen ottamia tehtäviä.⁵⁶ Kunnan omana tuotantona tuottamia palveluja ovat muun muassa sosiaalisia perusoikeuksia turvaavat palvelut⁵⁷, joista esimerkkinä voi mainita sosiaalisten etuuksien myöntämisen ja maksamisen. Lisäksi kunnat huolehtivat erilaisten lupien myöntämisestä. Myös kulttuuri- ja sivistyspalvelut kunta tuottaa useimmiten itse. Esimerkkejä tästä ovat muun muassa kirjasto-, koulu- ja liikuntatoimi.

Kunnat voivat lakisääteisiä tehtäviä hoitaessaan käyttää kaikkia kuntalaissa säädettyjä kuntien välisiä yhteistyömuotoja, jollei erityissäännöksissä toisin määrätä. Kuntalaissa yhteistyömuodoista säädetään 10 luvussa. Lain mukaan kunnat voivat sopimuksen nojalla hoitaa tehtäviään yhdessä. Kunnat voivat myös sopia, että tehtävä annetaan toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta taikka että tehtävän hoitaa kuntayhtymä. Yhteistyön toteuttamiseksi kunnat voivat perustaa yhteisen viran ja yhteisen lautakunnan tai erillisen oikeushenkilön (kuntayhtymän). Harjula ja Prättälä kuitenkin painottavat, että viranomaistehtävien on aina pysyttävä kunnan tai kuntayhtymän viranomaisten hoidossa, jotta virkavastuu-, julkisuus- ja oikeusturvanäkökohdat voidaan ottaa asianmukaisesti huomioon.⁵⁸

2.2.3 Yksityistäminen

Yksityistäminen kuuluu nykyään yhä enemmän kuntien palvelujen järjestämiseen ja tuottamiseen. Kunta voi yksityistää toimintojaan laajimmillaan luopumalla toiminnasta kokonaan ja jättää sen yksityisen hoidettavaksi (vain vapaaehtoisissa tehtävissä). Yleisempi yksityistämismuoto kuntien

⁵⁵ Tilaaja–tuottaja-mallista ks. esimerkiksi Valkama 2004, 201 ss. ja Tukea kuntien muutokseen, Tilaaja-tuottaja -toimintatapa <http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;29;348;88362>.

⁵⁶ Hannus – Hallberg 2000, 99.

⁵⁷ Mäkinen 2005, 190.

⁵⁸ Harjula – Prättälä 2001, 107. Näin myös Hannus – Hallberg 2000, 100.

toiminnassa on sellainen, jossa kunta voi säilyttää itsellään järjestämisvastuun ja tehdä sopimuksen palvelujen tuottamisesta yksityisen yrittäjän kanssa.⁵⁹

Kunta ei Heurun mukaan voi toimia pelkin julkisoikeudellisin toimin, vaan niiden lisäksi kunta tarvitsee myös yksityisoikeudellisia toimia⁶⁰. Tavallisimpia yksityisoikeudellisia toimia ovat erilaiset sopimukset, kuten hankintasopimukset. Kunnan toimintavapaus on yksityisoikeudellisella toimialalla jossain määrin rajoitettu. Kunnalla katsotaan olevan oikeus yksityisoikeudellisiin toimiin vain, mikäli se on tarpeen kunnalle kuuluvien julkisoikeudellisten tehtävien suorittamista varten. Yksityisoikeudellisten toimien laajuutta on myös arvioitava kunnan tehtävien vaatimusten mukaan.⁶¹

Kunnalla on palvelujen järjestämisessä oman tuotantotoiminnan ja ostopalveluiden lisäksi mahdollisuus kumppanuuteen yksityisen sektorin toimijoiden kanssa, mikä on edellä mainittujen väli-muoto. Järjestelyjen sisältö vaihtelee rahoitus- ja omistusjärjestelyjä sisältävistä laajoista infrastruktuurihankkeista pieniin palvelukohtaisiin sopimuksiin. Järjestelyjen tavoitteena voi olla esimerkiksi monimutkaisen ja laajan hankkeen suunnittelu yhteistyönä yksityissektorin yrityksen kanssa, yhteistyössä tapahtuva palvelun kehittäminen, asiakaskohtaisen joustavuuden saavuttami-nen palvelu- tai tavarahankinnoissa tai rakenteellisten yhteistyöjärjestelyjen toteuttaminen, kuten julkisen ja yksityisen sektorin toimijoiden yhteisyhtyrityksen perustaminen.⁶²

Kumppanuusjärjestelyihin liittyvät yleensä niihin osallistuvien osapuolten yhteistyösuhteen pitkä-kestoisuus ja toteutettavan hankkeen monipuolisuus. Hankkeen rahoitus kuuluu yleensä osittain yksityisen sektorin vastuulle joskus mutkikkaidenkin eri toimijoiden välisten rakenteiden kautta. Tätä yksityisen rahoituksen osuutta voidaan täydentää merkittävin julkisin rahoitusosuuksin. Riskit yleensä jaetaan osapuolten kesken.⁶³

⁵⁹ Harjula – Prättälä 2001, 106–107.

⁶⁰ Ks. tarkemmin oikeuden jaosta julkisoikeuteen ja yksityisoikeuteen Heuru 2001, 58–59. Julkisoikeus–yksityis-oikeus-jaottelusta sopimustoiminnassa ks. tämä tutkimus luku 4.2.1.

⁶¹ Heuru 2001, 58.

⁶² HE 50/2006 vp., 18.

⁶³ Komissio 2004, 3.

Perustuslaissa säädetään hallintotehtävän siirtämisestä viranomaishallinnon ulkopuolelle, toisin sanoen sen yksityistämisestä:

124 § Hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle

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.

Heurun mukaan julkisina hallintotehtävinä voidaan pitää kaikkia viranomaistehtäviä, kuten velvoittavan julkisen vallan käyttämistä, kunnan päätösvallan käyttämistä ja siinä syntyneen päätöksen aineelliseen sisältöön valmisteluvelvollisuuden nojalla vaikuttamista, sekä hallintotehtäviä, joiden hoitamiselta vaaditaan erityistä julkista luotettavuutta ja virkavastuuta⁶⁴.

Edellä mainittu 124 § voidaan nähdä sekä kieltävänä että sallivana säännöksenä. Toisaalta sillä kielletään julkisen hallintotehtävän yksityistäminen tarpeettomasti ja ilman sen oikeuttavaa säännöstä. Toisaalta kiello ei ole kuitenkaan ehdoton, sillä säännöksen voidaan nähdä myös nimenomaan sallivan julkisen hallintotehtävän antamisen hallinnon ulkopuoliselle. Lähtökohta on, että hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle säädetään lailla. ”Lain nojalla” -säädos otettiin mukaan pykälään julkisten palvelujen tuottamisen helpottamiseksi. Hallituksen esityksen mukaan julkisten palvelutehtävien hoitaminen on voitava järjestää joustavasti eikä ole tarpeen edellyttää, että sellaisten tehtävien antamisesta hallinnon ulkopuoliselle säädetään yksityiskohtaisesti lailla⁶⁵. Merkittävän julkisen vallan käytön yksityistämisen säännös kieltää ehdottomasti. Hallituksen esityksessä merkittävänä julkisen vallan käyttämisenä pidetään esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuvaa oikeutta käyttää valtakeinoja tai puuttua muuten merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin.⁶⁶

Hallituksen esityksessä käytetään käsitettä julkinen palvelutehtävä, jonka kuitenkin on ymmärrettävä kuuluvan julkiseen hallintotehtävään ja siten 124 §:n soveltamisalaan⁶⁷. Palveluilla tarkoitetaan muita kuin viranomaistehtäviä. Palveluja ja viranomaistehtäviä voi kuitenkin molempia sisältyä yhteen kunnan tehtävään. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä viranomaistehtäviä kunta ei voi hankkia yksityiseltä, mutta palveluja voi. Tästä esimerkkinä voidaan esittää kunnan

⁶⁴ Heuru 2001, 65.

⁶⁵ HE 1/1998 vp, 179.

⁶⁶ HE 1/1998 vp, 179.

⁶⁷ HE 1/1998 vp, 179.

asema- ja rakennuskaavan laadinta; sen voi toimeksiannon perusteella laatia yksityinenkin, mutta hallinnolliset tehtävät, kuten valmistelu, esittely ja päätöksenteko, kuuluvat kunnan omalle organisaatiolle.⁶⁸

Perustuslakivaliokunnan antaman hallituksen perustuslakiehdotusta koskevan mietinnön (PeVM 10/1998 vp) mukaan 124 §:n tarkoituksena on perustellusti rajoittaa julkisten hallintotehtävien osoittamista varsinaisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Mietinnössä korostetaan sitä, että jos tällainen siirrettävä hallintotehtävä sisältää julkisen vallan käyttämistä, on erityisesti varmistuttava siitä, että valtaa käyttävät ovat virkamiehiä rikoslain mielessä.⁶⁹ Perustuslakivaliokunnalle esitettiin myös kritiikkiä tehtävän luovuttamista koskevasta, kieltävästä säännöksestä. Tehtävän luovuttamisen mahdollisuus vain lain nojalla saattaa lausunnon antaneen Voitto Helanderin mielestä julkisen vallan käytön määrittelyn kapeudesta tai laveudesta riippuen vaikeuttaa julkisen palvelutuotannon luontevaa tai tarkoituksenmukaista kehittämistä.⁷⁰

Hallintotehtävän siirron yhteydessä on varmistettava kansalaisten oikeusturvan, julkisuuden, yleisen vaikuttamisen ja julkisen valvonnan mahdollisuudet sekä hyvän hallinnon periaatteiden toteutuminen. Tämä tulee esiin hallituksen esityksessä hallintotehtävän siirtoa koskevassa asiassa (perustuslain 124 §). Esityksessä korostetaan, ettei hallintotehtävän antaminen muulle kuin viranomaiselle saa vaarantaa perusoikeuksia, oikeusturvaa eikä muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Tämän varmistamiseksi on kiinnitettävä huomiota hallintotehtäviä hoitavien henkilöiden koulutukseen ja asiantuntemukseen sekä näiden henkilöiden julkiseen valvontaan.⁷¹

Oikeusturvan vaatimukset ilmenevät perustuslain 21 §:stä:

Jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheetonta viivytystä lain mukaan toimivaltaisessa tuomioistuimessa tai muussa viranomaisessa sekä oikeus saada oikeuksiinsa ja velvollisuuksiinsa koskeva päätös tuomioistuimen tai muun riippumattoman lainkäyttöelimen käsiteltäväksi.

⁶⁸ Harjula – Prättälä 2001, 108–109. Myös Hannus ja Hallberg painottavat, että vain kunnan oma organisaatio voi huolehtia hallinnon ja talouden hoidosta sekä siihen kuuluvista valmistelu-, päätöksenteko-, täytäntöönpano- ja muista julkisista toiminnoista. Hannus –Hallberg 2000, 100.

⁶⁹ PeVM 10/1998 vp – HE 1/1998 vp, 35. Rikoslain 40 luvun 11 §:n 5a-kohdan (säädetty lailla 604/2002) mukaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan sitä, ”jonka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen”.

⁷⁰ Saraviita 2000, 574 alaviite 7.

⁷¹ HE 1/1998 vp, 179. Rakenteellisen yhteistyön osalta tähän liittyvää demokraattisen valvonnan toteutumista on käsitelty edellä luvussa 2.4.

Käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla.

Hyvällä hallinnolla viitataan hallinto-oikeudellisiin periaatteisiin, joita ei ole nimenomaisesti vahvistettu säädöksillä. Periaatteiden sisällöllisiä aineksia on kuitenkin nähtävissä muun muassa hallintolaissa. Hyvällä hallinnolla katsotaan tarkoitettavan ripeää ja asianmukaista menettelyä, käsittelyn julkisuutta, kuulemisoikeutta, päätöksen perustelemista ja oikeusturvan saatavuutta eli mahdollisuutta hakea muutosta päätökseen. Lisäksi hyvään hallintoon kuuluvat muun muassa hallinnon palveluperiaate, virkatoiminnan puolueettomuus ja asian käsittelyn objektiivisuus.⁷²

2.2.4 Kunnan mahdollisuudet elinkeinonharjoittamiseen

Rasinmäki toteaa, että yksityistäminen on eräs vaihtoehto sopeuttaa hyvinvointipalvelut kunnallistalouden asettamiin raameihin. Viimeisen kymmenen vuoden aikana hyvinvointivaltion velvoitteet eivät ole vähentyneet, mutta mahdollisuudet niiden täysimääräiseen toteuttamiseen supistuvien resurssien ja vanhojen keinovalikoimien ovat käyneet mahdottomiksi.⁷³ Liiketoiminnan lisääntyessä saattaa olla tarpeellista kuitenkin pohtia, kuuluuko siihen liittyvien asioiden hoitaminen kunnan toimialaan.

Liiketoiminnan kuulumisesta kunnan toimialaan on esitetty erilaisia mielipiteitä. Harjulan ja Prättälän mukaan elinkeinotoiminnan harjoittaminen voi kuulua kunnan toimialaan, jos toiminnasta on hyötyä niin laajalti, että sitä on pidettävä koko kunnalle tärkeänä⁷⁴. Hannuksen ja Hallbergin mielestä sitä, että toiminta tuottaa voittoa, ei ole pidettävä esteenä toiminnan kuulumiselle kunnan toimialaan. Toisaalta, jos toiminta on kovin tappiollista, ei sen harjoittamisen välttämättä voida katsoa kuuluvan kunnan toimialaan.⁷⁵ Keskeinen edellytys liiketaloudellisen toiminnan sallittavuudelle on, että julkinen tarkoitus edellyttää sitä. Pelkkä toiminnan yleistä hyvää edistävä tarkoitus ei siis riitä. Toiminnan on oltava välttämätöntä – eli vain sen avulla jokin erityinen julkinen tarkoitus saadaan järkevästi toteutettua. Ryytänen toteaa, että mikäli erityislainsäädäntö ei rajoita kunnan päätösvaltaa, kunta voi yhtenä vaihtoehtona palvelun tuottamiseksi

⁷² Mäenpää 2003, 243–244. ja Saraviita 2000, 176.

⁷³ Rasinmäki 1997, 7–8.

⁷⁴ Harjula – Prättälä 2001, 87.

⁷⁵ Hannus – Hallberg 2000, 90.

perustaa tai olla sitä varten osakkaana osakeyhtiössä tai muussa yksityisoikeudellisessa yhteisössä.⁷⁶

Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyöjärjestelyjä on ollut olemassa jo pitkään, mutta viime vuosina ne ovat selkeästi lisääntyneet ja kumppanuutta esiintyy kaikkialla, missä ei ole lainsäädännöllisiä esteitä tällaiselle osittaiselle yksityistämiseksi⁷⁷. Kiinnostus julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuteen johtuu osittain siitä, että viranomaiset voivat hyötyä yksityisen sektorin tiedosta erityisesti tehokkuuden lisäämiseksi, ja osittain siitä, että julkiset määrärahat ovat rajallisia⁷⁸. Talousarviorajoitusten kannalta kumppanuus täyttää tarpeen saada julkiselle sektorille yksityistä rahoitusta⁷⁹.

Yhteistyösopimuksissa kunkin hankkeen kohdalla pitäisi kuitenkin arvioida, tarjoaako kumppanuus muihin vaihtoehtoihin, kuten tavanomaiseen hankintasopimukseen, verrattuna todellista lisäarvoa asianomaiselle palvelulle – tai rakennusurakkaan liittyen itse rakentamiselle tai rakennuksen ylläpidolle ja huollolle⁸⁰. Myös toiminnan riskeihin ja niiden jakamiseen kunnan ja yksityisen toimijan kesken on kiinnitettävä huomiota. Julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimukset eivät aina takaa hankkeeseen liittyvien riskien siirtämistä tasapuolisesti yksityiselle kumppanille. Riskit jaetaan hankekohtaisesti sen mukaan, mikä on kunkin osapuolen kyky arvioida, valvoa ja hallinnoida niitä.⁸¹

Oman ongelmansa kuntien liiketoiminnan tarkasteluun tuo se, että kunnan liiketaloudellista toimintaa voidaan verrata elinkeinonharjoittamiseen. Tällöin kuntien toimintaa koskevat kilpailunrajoituksista annetun lain (480/1992) säännökset⁸². Kilpailunrajoituslain soveltamisessa merkittävimpiä ongelmia aiheuttavat tilanteet, joissa joudutaan arvioimaan, onko menettelyssä kyse elinkeinonharjoittamisesta vai julkisen vallan käytöstä ja viranomaistoiminnasta. Kilpailunrajoituslaki ei koske viranomaistoimintaa, joten lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävät ainakin julkisyhteisöjen lakisääteiset toiminnot, kuten terveys- ja sosiaalihuolto tai koulutoimi.⁸³

⁷⁶ Rynnänen 1999, 291–292.

⁷⁷ Rynnänen 1999, 299.

⁷⁸ Komissio 2005, 3.

⁷⁹ Komissio 2004, 3.

⁸⁰ Komissio 2005, 3. Ks. myös Komissio 2004, 3.

⁸¹ Komissio 2004, 3.

⁸² HaVM 18/1994 vp – HE 192/1994 vp, 4 ja Hannus – Hallberg 2000, 85.

⁸³ Julkisyhteisöstä elinkeinonharjoittajana ks. tarkemmin Lindberg 2006, 35 ss.

Ryynänen näkee julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuustoiminnan kielteisenä vaikutuksena toimintakentän pirstoutumisen sekä kokonaisuuden hahmottamisen ja läpinäkyvyyden vaikeutumisen. Samalla toiminta ei enää ole kunnan omaan toimintaan verrattuna samassa määrin kansalaisten valvottavissa, mikä on kuntien itsehallinnon ja kansanvaltaisuuden toimintaedellytys. Toisaalta myös yksityisen toimijan mukaantulo kunnallisten tehtävien hoitoon haittaa kunnan toimivaltuuksia, omavastuuisuutta ja kansalaiskeskeisyyden toteutumista. Perinteinen kunnallinen itsehallinto ja taloudellinen toiminnan tehokkuus siis törmäävät toisiinsa. Yhteistyöllä on saavutettava todellisia etuja, jotka peittävät itsehallinnolle aiheutuvat tappiot, jotta toimintamuoto voidaan hyväksyä.⁸⁴

Kunnan liiketaloudellisen toiminnan rajoja tarkasteltaessa tulee ottaa huomioon, että sääntelyllä pyritään myös suojaamaan yksityistä liike-elämää sellaista kilpailevaa kunnan toimintaa vastaan, jolle ei löydy perusteita erityisestä julkisesta tarkoituksesta. Kunnallinen liiketoiminta ei voi palvella yleistä hyvää, jos sen tarkoitus on saavutettavissa muulla tavoin paremmin ja taloudellisemmin. Joka tapauksessa on muistettava, että kunnallistalous on olennainen osa kunnallisen itsehallinnon perustasta ja edellyttää kunnan mukanaoloa talouselämässä.⁸⁵

2.3 *Julkisten hankintojen kilpailuttaminen*

2.3.1 Kilpailuttamislainsäädännön kehittyminen

Kunta voi halutessaan toimia vain palvelujen järjestäjänä ja ostaa palvelutuotannon joltain kunnan organisaation tai hankintayksikön ulkopuoliselta toimijalta (tilaaja–tuottaja-mallissa myös kunnan oma tuotantoyksikkö on hankintayksikköön nähden ulkopuolinen toimija). Kunta suorittaa tällöin julkisen hankinnan, ja hankintamenettelyyn tulee soveltaa julkisista hankinnoista annettua lainsäädäntöä.

Julkisten hankintojen säädösympäristö on kehittynyt huomattavasti viime vuosikymmeninä. Vielä 1970- ja 1980-luvuilla hankintayksiköt ohjeistettiin hankkimaan kotimaisia tuotteita, ja kunnat pyrkivät tukemaan oman alueensa elinkeinonharjoittajia kohdistamalla hankintansa näille. Suomen allekirjoitettua Euroopan talousalueen (ETA) vapaakauppasopimuksen sen määräämä kilpailutta-

⁸⁴ Ryynänen 1999, 299.

⁸⁵ Ryynänen 1999, 293.

misvelvollisuus muutti tilannetta radikaalisti. Sitten Suomessa säädettiin ETA-sopimuksen nojalla kansallinen laki julkisista hankinnoista.⁸⁶

Suomen liittyminen Euroopan unionin jäseneksi 1.1.1995 lukien yhdenmukaisti Suomen hankintasäännösten muiden EU-valtioiden kanssa ja muutti julkisia hankintoja koskevan kilpailuympäristön. Unionijäsenyyden johdosta Euroopan yhteisöjen neuvoston antamat neljä julkisten hankintojen tekemistä ohjaavaa direktiiviä oli otettava osaksi kansallista lainsäädäntöämme. Kyseiset direktiivit koskivat julkisia palveluhankintoja (92/50/ETY), julkisia tavarahankintoja (93/36/ETY), julkisia rakennusurakoita (93/37/ETY) ja vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja (93/38/ETY) koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamista. Näiden direktiivien sisältämät oikeussäännökset ratifioitiin Suomessa asetuksilla kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista (380/1998) ja kynnysarvot ylittävistä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (381/1998) (myöhemmin hankinta-asetukset). Lisäksi vuoden 1998 keväästä alkaen on hankinnoissa ollut velvollisuus noudattaa Maailman kauppajärjestön, WTO:n (World Trade Organization) sääntöjä.⁸⁷

2000-luvulla hankintasäännöksiä on uudistettu. Euroopan parlamentti ja neuvosto ovat 31.3.2004 antaneet uudet direktiivit julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (2004/18/EY) ja vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (2004/17/EY). Myös Suomen julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä on ajantasaistettu. 1.6.2007 tulee voimaan uusi laki julkisista hankinnoista (348/2007, uusi hankintalaki) sekä laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007, erityisalojen hankintalaki), jotka syrjäyttävät vanhan hankintalain. Näillä uusilla hankintalaeilla ratifioidaan uudet julkisia hankintoja koskevat EY-direktiivit.

2.3.2 Hankintalain keskeiset säännökset

Hankintalakia sovelletaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden kyseisessä laissa tarkoitettujen hankintayksiköiden hankintoihin⁸⁸. Kilpailuttamismenettelyllä on tarkoitus mahdollistaa kilpailun aikaansaaminen ja turvata menettelyyn osallistuvien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu.

⁸⁶ Kalima 2001, 19–21.

⁸⁷ Kalima 2001, 19–20.

⁸⁸ Vanhan hankintalain tarkoittamat hankintayksiköt (2 §) vastaavat uuden hankintalain hankintayksikköjä (6 §), erityisalojen hankintalaeissa määritelmää on hieman tarkennettu (5 §).

Nämä vanhan hankintalain 1 §:ään ja uuden lain 2 §:ään kirjatut säännökset ilmaisevat hankintalainsäädännön keskeiset tavoitteet. Uuden hankintalain 1.2 §:ään on kirjattu muitakin tavoitteita: ”tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailussa”.

Hankintalain soveltaminen julkisiin hankintoihin riippuu ensinnäkin hankinnan laadusta. Hankintalainsäädäntöä sovelletaan tavara- ja palveluhankintoihin, rakennusurakoihin ja käyttöoikeussopimuksiin. Lakia sovelletaan näihin kuitenkin tietyin rajoituksin. Esimerkiksi palveluhankinnat on jaettu kahteen luokkaan: ensisijaisiin ja toissijaisiin palveluihin⁸⁹, ja tiettyjä säännöksiä sovelletaan vain toisen ryhmän palveluihin. Lisäksi soveltamisalaan vaikuttaa hankinnan arvo.

Tietyn euromäärän eli kynnysarvon ylittävien hankintojen menettelytavoista säädetään vanhan hankintalain 3 §:n mukaan hankinta-asetuksilla EY-direktiivien mukaisesti. Kynnysarvon alittavia hankintoja sen sijaan ei ole tarkemmin säännelty. Vanhan hankintalain 5.2 §:n mukaan hankinta saadaan tehdä ilman tarjouskilpailua esimerkiksi hankinnan vähäisestä arvosta johtuen. Tämä määritelmä on melko epämääräinen. Uudessa hankintalaissa onkin säädetty sekä EU-kynnysarvoista että niitä alemmista kansallisista kynnysarvoista⁹⁰. Kansallisilla kynnysarvoilla on täsmennetty vanhan hankintalain säännöstä hankinnan vähäisestä arvosta⁹¹. Uutta hankintalakia sovelletaan siis kaikkiin kansalliset kynnysarvot ylittäviin hankintoihin. Laissa on kuitenkin omat ohjeet EU-kynnysarvot ylittäville (II osa) ja EU-kynnysarvot alittaville hankinnoille (III osa). Tiettyjen menettelytapojen lisäksi kynnysarvot määräävät sen, missä laajuudessa hankinnasta on

⁸⁹ Palvelujen jako uudessa hankintalaissa vastaa hankinta-asetuksen 380/1998 liitteissä A–B olevaa jakoa. Uuden hankintalain liite A, *ensisijaiset palvelut*: huolto- ja korjauspalvelut; maankuljetuspalvelut, ilmaliikenteen henkilö- ja tavarankuljetuspalvelut; maaliikenteen ja ilmaliikenteen postinkuljetus; teleliikennepalvelut; rahoituspalvelut (vakuutuspalvelut ja pankki- sekä sijoituspalvelut); tietojenkäsittelypalvelut ja niihin liittyvät palvelut; tutkimus- ja kehittämisspalvelut; laskentatoimen palvelut, tilintarkastus- ja kirjanpito- ja markkinatutkimus- ja otantatutkimuspalvelut; liikkeenjohdon konsulttipalvelut ja niihin liittyvät palvelut; arkkitehtipalvelut (tekniset suunnittelupalvelut ja tekniset kokonaispalvelut, kaupunkisuunnittelu- ja maisemasuunnittelupalvelut sekä edellisiin liittyvät tieteelliset ja tekniset konsulttipalvelut ja tekniset testaus- ja analysointipalvelut); mainospalvelut; rakennusten puhtaanapito- ja isännöinti- ja kiinteistöhoitopalvelut; palkkio- tai sopimusperustaiset julkaisu- ja painamispalvelut; jätevesi- ja jätehuoltopalvelut (puhtaanapito ja vastaavat palvelut).

Liite B, *toissijaiset palvelut*: hotelli- ja ravintolapalvelut; rautatiekuljetuspalvelut; vesikuljetuspalvelut; tuki- ja avustavat kuljetuspalvelut; oikeudelliset palvelut; työnvälitys- ja henkilöstönhankintapalvelut; tutkinta- ja turvallisuuspalvelut; koulutuspalvelut ja ammatilliset koulutuspalvelut; terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut; virkistys-, kulttuuri- ja urheilupalvelut.

⁹⁰ Kansallinen kynnysarvo on uuden hankintalain 15 §:n mukaan tavara- ja palveluhankintojen, suunnittelukilpailujen ja palveluja koskevien käyttöoikeussopimusten osalta 15 000 euroa. Niin sanottuihin toissijaisiin palveluihin kuuluvien terveydenhuolto- ja sosiaalipalvelujen osalta kansallinen kynnysarvo on 50 000 euroa. Rakennus- ja käyttöoikeusurakoiden osalta kansallinen kynnysarvo on 100 000 euroa. Kuntien tavara- ja palveluhankintojen kohdalla EU-kynnysarvo on tällä hetkellä uuden hankintalain 16 §:n mukaan 211 000 euroa ja rakennus- sekä käyttöoikeusurakoissa 5 278 000 euroa.

⁹¹ HE 50/2006 vp, 66.

ilmoitettava. Kansallisen kynnysarvon ylittävän hankinnan osalta riittää, että siitä ilmoitetaan Suomessa, mutta EU-kynnysarvon ylittävästä hankinnasta on ilmoitettava EU:n laajuisesti⁹². Uuden hankintalain 16.2 §:n mukaan Euroopan yhteisöjen komissio tarkistaa EU-kynnysarvot asetuksella kahden vuoden välein. Kauppa- ja teollisuusministeriön on määrä viivytyksettä ilmoittaa kynnysarvojen muutoksista.

Vanhan hankintalain ollessa voimassa hankintamenettelyistä säädetään siis hankinta-asetuksilla. Uuden hankintalain osalta hankintamenettelyjä koskevat säädökset on otettu mukaan lakiin. Hankinnoissa käytettävät kilpailuttamismenettelyt on määritelty lain 5 §:n 10–18-kohdissa.

Avoimessa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen, ja kaikki halukkaat toimijat voivat tehdä tarjouksen. Hankintailmoituksen ohella hankintayksikkö voi lähettää tarjouspyyntöjä katsomilleen toimittajille.

Rajoitettussa menettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen, ja halukkaat toimittajat pyytävät saada osallistua hankintamenettelyyn. Halukkaista toimittajista ainoastaan hankintayksikön valitsevat ehdokkaat voivat tehdä tarjouksen.

Neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankintailmoituksen, ja halukkaat toimittajat pyytävät saada osallistua hankintamenettelyyn. Hankintayksikkö neuvottelee valitsemiensa toimittajien kanssa hankintasopimuksen ehdoista.

Suorahankinnassa hankintayksikkö valitsee hankintailmoitusta julkaisematta menettelyyn mukaan yhden tai useamman toimittajan, jonka kanssa neuvottelee sopimuksen ehdoista.

Kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä hankintayksikkö julkaisee hankinnasta hankintailmoituksen, ja halukkaat toimittajat pyytävät saada osallistua hankintamenettelyyn. Hankintayksikkö neuvottelee menettelyyn hyväksytyjen ehdokkaiden kanssa löytääkseen yhden tai useamman ratkaisun, joka vastaa sen tarpeita ja jonka perusteella valittuja ehdokkaita pyydetään tekemään tarjouksensa.

Puitejärjestelyllä hankintayksikkö vahvistaa toimittajan kanssa sopimuksella tietyn ajan kuluessa tehtävien hankintasopimusten ehdot.

Suunnittelukilpailulla hankintayksikkö voi hankkia suunnitelman, jonka tuomaristo valitsee kilpailulla.

Dynaaminen hankintajärjestelmä on sähköinen hankintamenettely tavanomaisille ja markkinoilla yleisesti saatavilla oleville hankinnoille. Se on rajoitetun keston ajan avoin kaikille kelpoisuusehdot täyttävillä tarjoajilla.

⁹² Julkisten hankintojen ilmoituskanava Hilma internetissä: <<http://www.hankintailmoitukset.fi/fi/>>.

Sähköisellä huutokaupalla hankintayksikkö voi pyrkiä matemaattisesti mitattavia arvoja käyttäen edullisimpaan lopputulokseen⁹³. Rakennusurakat ja sellaiset palveluhankinnat, jotka edellyttävät henkisiä suorituksia, eivät voi olla huutokaupan kohteena.

Uuden hankintalain avointa, rajoitettua ja neuvottelumenettelyä koskevat määritelmät vastaavat sisällöiltään hankinta-asetusten määrittelyjä. Näihin on kuitenkin lisätty hankinta-asetuksista puuttuva ilmoitusvelvoite. Suorahankinnan käsite on aiemmin sisältynyt neuvottelumenettelyn määritelmään, mutta nyt sitä on täsmennetty, ja se on määritelty erikseen. Samoin puitejärjestelyjä koskeva määritelmä on uudistettu. Kokonaan uusia hankintamenettelyjä ovat kilpailullinen neuvottelumenettely, dynaaminen hankintajärjestelmä ja sähköinen huutokauppa.⁹⁴

Hankinnassa on uuden hankintalain 24.1 §:n mukaan käytettävä ensisijaisesti avointa tai rajoitettua menettelyä. Hankintamenettelyn jälkeen hankintayksikön on valittava tarjouksista kokonais-taloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Tarjouksen valintaa koskeva ohje on samanlainen sekä vanhassa että uudessa hankintalaissa, ja se sisältyy vanhan hankintalain 7.1 §:ään, hankinta-asetuksista 380/1998 osalta 41 §:ään ja 381/1998 osalta 29 §:ään sekä uuden hankintalain 62 ja 71 §:iin.

2.4 Demokraattinen valvonta yksityistämisessä

2.4.1 Julkisuus on demokraattisen valvonnan edellytys

Yksityistämistoimissa on otettava huomioon kansalaisten osallistumisoikeudet. Kansanvaltaisuutta ja oikeusvaltioperiaatetta koskevan perustuslain 2 §:n mukaan yksilöllä on oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskuntansa ja elinympäristönsä kehittämiseen. Perustuslain 14 §:ssä säädetään ihmisten yleisistä vaali- ja osallistumisoikeuksista. Lisäksi perustuslain 20.2 §:n mukaan julkisen vallan on pyrittävä turvaamaan jokaiselle oikeus terveelliseen ympäristöön ja mahdollisuus vaikuttaa elinympäristöönsä koskevaan päätöksentekoon.⁹⁵ Kansalaisten osallistumisoikeuksien toteuttamisen yhteydessä voidaan puhua myös demokraattisesta kansalaisvalvonnasta.

⁹³ He 50/2006 vp, 54.

⁹⁴ He 50/2006 vp, 52–54.

⁹⁵ Mäkinen 2001, 6.

Viranomaisten toiminnan julkisuus on näiden osallistumisoikeuksien toteutumisen ja demokraattisen valvonnan edellytys⁹⁶. Julkisuus luetaan myös kansalaisten perusoikeuksiin. Perustuslain 12.2 § on tämän lähtökohta:

Viranomaisen hallussa olevat asiakirjat ja muut tallenteet ovat julkisia, jollei niiden julkisuutta ole välttämättömien syiden vuoksi lailla erikseen rajoitettu. Jokaisella on oikeus saada tieto julkisesta asiakirjasta ja tallenteesta.

Julkisuusperiaate merkitsee siis sitä, että henkilöllä, jota asia ei suoranaisesti tai välittömästi koske ja joka ei myöskään viran puolesta joudu sen kanssa tekemisiin, on mahdollisuus saada tietoja asiasta⁹⁷.

Lisäksi jokaisella asianosaisella (eli sillä, jonka oikeutta, etua tai velvollisuutta asia koskee) on tietyin rajoituksin oikeus saada tieto muunkin kuin julkisen asiakirjan sisällöstä, joka voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn. Samoin jokaisella on oikeus saada tieto myös itseään koskevasta asiakirjasta. Nämä tietojensaantioikeudet vahvistetaan lain viranomaistoiminnan julkisuudesta (621/1999, myöhemmin julkisuuslaki) 11–12 §:ssä. Jotta julkisuusperiaate toteutuisi, on kansalaisten saatava tieto viranomaisen käsittelemistä asioista, mikä edellyttää menettelyn avoimuutta ja velvoittaa viranomaisen myös tiedottamaan toiminnastaan⁹⁸.

Julkisuusperiaatteen toteutuminen käytännössä on varmistettu julkisuuslain tarkoilla säännöksillä. Lain 1.1 §:ssä säädetään, että viranomaisten asiakirjat ovat julkisia, jollei siitä erikseen toisin säädetä. Julkisuuslaki koskee etenkin asiakirjassa olevan tiedon antamista ja suojaamista. Viranomaisella on kuitenkin velvollisuus antaa tietoa myös suullisesti ja sellaisistakin asioista, joista ei ole laadittu asiakirjaa.⁹⁹ Julkisuuslain 17.1 §:n mukaan viranomainen on velvollinen huolehtimaan siitä, että tietojen saamista viranomaisen toiminnasta ei rajoiteta ilman asiallista ja laissa säädettyä perustetta ja että tiedon pyytäjiä kohdellaan tasapuolisesti.

⁹⁶ Mäenpää 1999, 21.

⁹⁷ Merikoski 1982, 39.

⁹⁸ Mäenpää 1999, 1.

⁹⁹ Mäenpää 1999, 3.

Julkisuuslain 24 §:ssä on listattu salassa pidettäviä asiakirjoja. Pykälän kohdat 17 ja 20 ovat olennaiset rakenteellisen yhteistyön ja kunnan yhtiöiden valvonnan kannalta.

24.1 § Salassa pidettävät viranomaisen asiakirjat

Salassa pidettäviä viranomaisen asiakirjoja ovat, jollei erikseen toisin säädetä:

17) asiakirjat, jotka sisältävät tietoja valtion, kunnan tai muun julkisyhteisön tai 4 §:n 2 momentissa tarkoitetun yhteisön, laitoksen tai säätiön liike- tai ammattisalaisuudesta, samoin kuin sellaiset asiakirjat, jotka sisältävät tietoja muusta vastaavasta liiketoimintaa koskevasta seikasta, jos tiedon antaminen niistä aiheuttaisi mainituille yhteisöille, laitoksille tai säätiöille taloudellista vahinkoa tai saattaisi toisen samanlaista tai muutoin kilpailevaa toimintaa harjoittavan julkisyhteisön tai yksityisen parempaan kilpailuasemaan tai heikentäisi julkisyhteisön tai 4 §:n 2 momentissa tarkoitetun yhteisön, laitoksen tai säätiön mahdollisuuksia edullisiin hankintoihin tai sijoitus-, rahoitus- ja velanhoitojärjestelyihin;

20) asiakirjat, jotka sisältävät tietoja yksityisestä liike- tai ammattisalaisuudesta, samoin kuin sellaiset asiakirjat, jotka sisältävät tietoja muusta vastaavasta yksityisen elinkeinotoimintaa koskevasta seikasta, jos tiedon antaminen niistä aiheuttaisi elinkeinonharjoittajalle taloudellista vahinkoa, ja kysymys ei ole kuluttajien terveyden tai ympäristön terveellisyyden suojaamiseksi tai toiminnasta haittaa kärsivien oikeuksien valvomiseksi merkityksellisistä tiedoista tai elinkeinonharjoittajan velvollisuuksia ja niiden hoitamista koskevista tiedoista.

Kohdassa 17 suojellaan julkisyhteisön taloudellista etua. Kohta 20 puolestaan suojelee yksityistä ja yleistä intressiä. Molemmat ovat tärkeitä yhteisyrietyksessä, jossa osapuolena on sekä kunta että yksityinen toimija. Liikesalaisuudella tarkoitetaan yleisesti yrityksen liiketoiminnan kannalta merkityksellisiä tietoja, joita yritys ei ole tarkoittanut yleisön tietoon. Liikesalaisuuden kannalta yrityksen salassapitotahto ei kuitenkaan ole ratkaiseva kriteeri, vaan tiedon salassa pidettävyys on arvioitava objektiivisesti. Liikesalaisuudet voivat olla luonteeltaan teknisiä tai ne voivat liittyä esimerkiksi yrityksen hallintoon, budjettiin, toimintastrategiaan, tietotaitoon tai liikeideaan. Ammattisalaisuudella tarkoitetaan lähinnä asiakassuhteeseen luottamuksellisuuden turvaamiseen liittyviä salaisuuksia.¹⁰⁰

Julkisuusperiaate voidaan toteuttaa eri tavoin. Perustuslain 12.2 §:n ja julkisuuslain 1.1 §:n tarkoittama asiakirjajulkisuus eli oikeus saada tietoja viranomaisten hallussa olevista asiakirjoista ja tallenteista on julkisuusperiaatteen keskeisin toteutumismuoto. Toiseksi asioiden käsittely voi olla julkista. Kuntalain 57 §:n mukaan kunnanvaltuuston kokoukset ovat pääsääntöisesti julkisia. Muun toimielimen kuin valtuuston kokoukset kuitenkin ovat julkisia vain, jos toimielin niin päättää ja jos niissä ei käsitellä salaiseksi määrättyä asiaa tai asiakirjaa. Kolmantena toteutusmuotona on viran-

¹⁰⁰ Mäenpää 1999, 210.

omaisen oma-aloitteinen tiedottaminen. Julkisuuslain 20.2 § määrää, että viranomaisen on tiedotettava toiminnastaan ja palveluistaan sekä yksilöiden ja yhteisöjen oikeuksista ja velvollisuuksista toimialaansa liittyvissä asioissa. Lisäksi julkisuusperiaatteen toteuttaminen edellyttää tietohallinnon järjestämistä, jotta on olemassa tieto siitä, mitä asiakirjoja viranomaisen hallussa on ja että ne ovat helposti löydettävissä.¹⁰¹

Julkisuuslaki sääntelee ensisijaisesti viranomaisella olevan tiedon luovuttamista ja luovuttamisen rajoituksia. Kunnan kokonaan tai osittain omistama yhtiö on yksityisoikeudellinen oikeushenkilö eikä julkisuuslaki näin ollen määrää yhtiön toiminnan julkisuutta. Yksityisen toiminnan julkisuudella voi silti Mäenpään mukaan olla tärkeä merkitys esimerkiksi markkinoiden toimivuuden ja sopimussuhteiden luotettavuuden kannalta. Yksityisessä toiminnassa avoimuus ja tietojen julkistaminen perustuvat kuitenkin lähtökohtaisesti vapaaehtoisuuteen.¹⁰² Kaikkiin yksityisiin yhtiöihin sovelletaan julkisuuslakia siltä osin, kuin ne mahdollisesti hoitavat julkista tehtävää ja käyttävät siinä yhteydessä julkista valtaa (julkisuuslain 4.2 §). Julkisen tehtävän hoitamisella tarkoitetaan Mäenpään mukaan toimintaa, johon liittyy tai sisältyy yleisen edun toteuttamista tai julkiselle palvelulle luonteenomaisia piirteitä. Julkisen vallan käyttäminen on ratkaiseva kriteeri arvioitaessa julkisuuslain soveltamista varsinaisen viranomaisorganisaation ulkopuolella. Mikäli tehtävän toteuttamiseen nimittäin liittyy julkisen vallan käyttöä, on se riittävä peruste julkisuuslain soveltamiselle. Julkisen vallan käyttämisellä tarkoitetaan lakiperusteista, yksityistä henkilöä koskevien ratkaisujen tekemistä.¹⁰³

Näin ollen ainakin asiakirja, josta ilmenee viranomaisen päätös perustaa yhtiö, on julkinen. Itse yhtiön toimintaan suuntautuvaa kansalaisten demokraattista valvontaa saattaa kuitenkin olla vaikea toteuttaa, koska se ei kuulu julkisuuslain soveltamisalaan, ellei kunta nimenomaisesti tiedota yhtiön toiminnasta. Vaikka yhtiöllä joissain tilanteissa olisikin oikeus käyttää julkista valtaa, ei se tuo yhtiön toimintaa merkittävästi demokraattisen kansalaisvalvonnan piiriin. Julkisuuslain säännökset koskisivat kuitenkin vain tätä toimintaa, ja tällöinkin salassapitosäännökset pitäisivät asiakirjat pääosin poissa julkisuudesta.

¹⁰¹ Mäenpää 1999, 5–6.

¹⁰² Mäenpää 1999, 5, 25 ja 44.

¹⁰³ Mäenpää 1999, 50–51. Julkisen vallan käytöstä ks. tarkemmin tämän tutkimuksen luku 4.1.4.

2.4.2 Yksityistämispäätöksen muutoksenhaku

Yksityistämistä koskeva päätös tulee muutoksenhaun piiriin, kun siitä tulee julkinen. Varsinainen sopimustoimi kuitenkin jää oikeustoimena hallinnollisen muutoksenhaun ulkopuolelle.¹⁰⁴ Kunnallishallinnon muutoksenhakujärjestelmästä säädetään kuntalain 11 luvussa (johon seuraa vassa mainituilla pykälillä viitataan). Kunnan viranomaisen päätöksestä valitetaan yleensä kunnallisvalituksella hallinto-oikeuteen (90 §). Hallintovalitus on mahdollinen, mikäli siitä erikseen laissa säädetään¹⁰⁵. Yhtiön perustamista koskevasta päätöksestä ei ole erityisiä säännöksiä, joten valitustie on kunnallisvalitus. Muun toimielimen kuin valtuuston päätöksestä on tosin tehtävä ensin oikaisuvaatimus, jonka perusteella kunnanhallitus voi itse oikaista päätöksensä. Vasta tähän annettuun päätökseen voidaan hakea muutosta kunnallisvalituksella (89 ja 92 §).

Kunnallisvalituksen ja oikaisuvaatimuksen voi tehdä asianosaisen lisäksi jokainen kunnan jäsen. Oikaisuvaatimukseen annetusta päätöksestä voi kuitenkin tehdä kunnallisvalituksen vain oikaisuvaatimuksen tekijä. Mikäli alkuperäinen päätös on muuttunut oikaisuvaatimuksen johdosta, laajenee valitusoikeus koskemaan jälleen kaikkia kunnanjäseniä asianosaisen lisäksi. (92 §) Kunnallisvalituksen voi tehdä vain laillisuusperusteella eli mikäli päätös on syntynyt virheellisessä järjestyksessä, päätöksen tehnyt viranomainen on ylittänyt toimivaltansa tai päätös on muuten lainvastainen (90 §). Oikaisuvaatimuksen saa tehdä kuitenkin, mikäli on *päätökseen tyytymätön* eli myös tarkoituksenmukaisuusperusteella (89.1 §)¹⁰⁶.

Kunnallisvalitus demokraattisen valvonnan keinona voidaan nähdä sekä myönteisenä että kielteisenä asiana. Myönteistä on, että kunnallisvalituksella on laaja valitusoikeus – kaikilla kunnan jäsenillä on oikeus hakea muutosta. Valvonnan rajoitteena on kuitenkin se, että kunnallisvalitus voidaan tehdä vain laillisuusperustein. Sillä ei siis voida pyrkiä sisällöltään toisenlaisen, ehkä järkevämmän ratkaisun saamiseen¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Mäenpää 1989, 258–259.

¹⁰⁵ Harjula – Prättälä 2001, 516.

¹⁰⁶ Harjula – Prättälä 2001, 525 ja Hannus – Hallberg 2000, 577.

¹⁰⁷ Hannus – Hallberg 2000, 577.

3 Rakenteellinen yhteistyö yksityistämismallina

3.1 Johdatus kumppanuuteen ja rakenteelliseen yhteistyöhön

3.1.1 Kumppanuuden edut ja vaatimukset

Julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusmalleja on erilaisia. Laajan määritelmän mukaan kumppanuudella tarkoitetaan tietyn ajan kestävää, julkisen ja yksityisen toimijan välistä sitoumusta, jonka puitteissa osapuolet kehittävät hyödykkeen ja jakavat keskenään toteutukseen liittyvät kustannukset, riskit ja tulot. Suppeamman määritelmän mukaan kumppanuudella tarkoitetaan kunnan tekemiä hankinta- tai käyttöoikeussopimuksia yksityisen sektorin toimijan kanssa.¹⁰⁸ Komission mukaan julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuudella tarkoitetaan yleensä julkisviranomaisten ja yritysmaailman yhteistyömuotoja, joiden tarkoituksena on jonkin infrastruktuurin rahoittaminen, rakentaminen, uudistaminen, hallinnointi tai huolto taikka jonkin palvelun toimitaminen¹⁰⁹.

Kunnat lähtevät yleensä etsimään kumppanuudesta apua heikentyneeseen rahoitustilanteeseensa. Ne haluavat hakea taloudellisuutta ja tuottavuutta yksityiseltä sektorilta omaksutun ajattelutavan mukaisesti keskittymällä omaan ydinosaamiseensa. Samalla yritetään parantaa kunnallisten palvelujen valinnan mahdollisuuksia. Rahalliseen tilanteeseen kumppanuushanke voi vaikuttaa positiivisesti etenkin taloudellisten vastuiden ja riskin jakamisen kautta. Yleisesti kumppanuushankkeiden hyötyinä voidaan nähdä myös osaamisen laajentuminen ja kokonaisuudessaan useiden saavutettujen etujen yhteisvaikutukset.¹¹⁰ Kumppanuuden haittana puolestaan voidaan nähdä kunnan sitoutuminen pitkäaikaiseen sopimukseen, mikä rajoittaa myöhemmin kunnan päättäjien liikkumavaraa¹¹¹.

Yksityiset yritykset puolestaan saattavat hakea kumppanuudella markkina-alueensa laajentamista ja siten yrityksen kasvua. Yhdessä kunnan kanssa toimiessaan yksityisellä yrityksellä saattaa olla paremmat mahdollisuudet menestyä hankintayksikköjen järjestämissä tarjouskilpailuissa kuin pienempänä itsenäisenä yrityksenä, jolloin sillä ei välttämättä olisi resursseja voittaa sopimuksia itselleen. Julkinen rahoitus ja muut kunnan yhteisyritykseen mukanaan tuomat lisäresurssit voivat auttaa.

¹⁰⁸ Valkama ym. 2004, 68.

¹⁰⁹ Komissio 2004, 3.

¹¹⁰ Valkama ym. 2004, 69.

¹¹¹ Valkama ym. 2004, 74.

Toimiva ja edullinen kumppanuus asettaa osapuolille tietysti vaatimuksia. Tavoitteiden on oltava yhteensopivia, yhteistyölle on luotava pelisäännöt, ja ennen kaikkea keskinäistä luottamusta tarvitaan¹¹². Tämän osalta saattaakin yksityisten yritysten piirissä esiintyä ennakkoluuloja. Kunnan kannalta tärkeä kunnan ja sen alueen asukkaiden etujen ajaminen (esimerkiksi työpaikkojen säilyttäminen) saattaa olla ristiriidassa yksityisen liiketoiminnan tehokkuusvaatimusten kanssa, joka yrityksen näkökulmasta ehkä edellyttää esimerkiksi irtisanomisia.

Kumppanuuteen sisältyy vaativia monta asiaa käsittäviä sopimuksia, ja sopimustekniikan hyvä hallinta saattaakin joskus olla kuntien kompastuskivenä. Yrityksillä on yleensä varaa palkata kokeneita ja asiantuntevia asianajajia huolehtimaan sopimuksista, mutta kunnilla näin ei aina ole. Myös kilpailuttamisprosessi vaatii asiantuntemusta, jotta säästetään kustannuksissa ja päästään lopputuloksen ja laadun kannalta parhaimpaan mahdolliseen sopimukseen. Tässäkin on kuntien hankinnoista vastaavilla viranomaisilla varmasti vielä paljon opittavaa.¹¹³

3.1.2 Rakenteellinen yhteistyö eroaa perinteisistä kumppanuusmalleista

Rakenteellinen yhteistyö on yleistynyt uusi kumppanuusmalli. Sillä tarkoitetaan julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuusjärjestelyä, jossa perustetaan julkisen ja yksityisen kumppanin yhteisesti hallinnoima yksikkö. Rakenteellinen yhteistyö voidaan toteuttaa kahdella tavalla; joko perustetaan uusi julkisen ja yksityisen sektorin yhdessä hallinnoima yritys tai jo olemassa oleva julkinen yritys siirretään osittain yksityisen sektorin omistukseen ja valvontaan.¹¹⁴ Käytännössä jälkimmäisellä kumppanuussuhteen perustamismuodolla, yrityksen osittaisella siirtämisellä yksityiselle, tarkoitetaan sen myyntiä.

Yhteisyrityksen perustaminen eroaa perinteisemmistä kumppanuusmalleista. Yleensä perinteiset mallit ovat olleet niin sanottuja leasing-malleja, joissa julkishallinto tilaa ja maksaa jonkin toteutuksen, jonka yksityinen suunnittelee, rahoittaa ja toteuttaa. Perinteisissä malleissa omistajuus on yleensä kokonaan joko kunnalla tai yksityisellä, samoin taloudellisen riskin päävastuu. Esimerkiksi toimitilojen tilauksen yhteydessä voidaan sopia, että yksityinen toimittaja säilyy tilan omistajana ja

¹¹² Valkama ym. 2004, 69.

¹¹³ Valkama ym. 2004, 74.

¹¹⁴ Komissio 2004, 19.

ylläpitäjänä koko sopimuskauden ajan, minkä jälkeen omistajuus ja vastuu siirtyvät tilaajalle. Joskus voidaan sopia niinkin, että yksityinen pysyy omistajana sopimuskauden päätyttyä.¹¹⁵

Muiden kumppanuusmallien tavoin myös yhteisyrityksen perustamiseen liittyy rahoitus- ja muista vastuista sopiminen. Ratkaiseva ero on kuitenkin siinä, että kunta osallistuu omalla panoksellaan yrityksen toimintaan eikä esiinny vain tietyn palvelun tilaajana ja maksajana. Tämä tarkoittaa samalla sitä, että myös taloudellinen riski voidaan jakaa kunnan ja yksityisen kesken. Riskit jaetaan toisalta sen mukaan, mikä on kummankin osapuolen panos yrityksessä, ja toisalta sen mukaan, mikä on kummankin kyky arvioida, valvoa ja hallinnoida niitä.¹¹⁶ Seuraavasta taulukosta ilmenevät kunnan ja yksityisen yrityksen roolien keskeiset erot perinteisissä kumppanuusmalleissa ja rakenteellisessa yhteistyössä.

	Perinteiset kumppanuusmallit		Rakenteellinen yhteistyö	
	Kunta	Yritys	Kunta	Yritys
Palvelun tilaus	x			
Tilauskohtainen maksu	x			
Kokonaisrahoitusvastuu		x	x	x
Suunnittelu		x	x	x
Toteutus		x	x	x
Taloudellinen riski	x* ¹	x* ¹	x* ²	x* ²

*¹) Kokonaan joko kunnalla tai yrityksellä

*²) Jaettu kunnan ja yrityksen kesken

Taulukko 1 Perinteisten kumppanuusmallien ja rakenteellisen yhteistyön erot

Hallituksen esityksen 50/2006 vp mukaan yhteisyrityksiä on Suomessa perustettu muun muassa kuntien elinkeinopoliittisten tehtävien hoitamista varten sekä tietotekniikan ja ympäristöhuollon alalla. Laajoja infrastruktuuri- ja rakennushankkeita on Euroopassa melko yleisesti tehty yhteistyössä yksityisen sektorin kanssa siten, että yksityinen yritys kantaa taloudellisen riskin hankkeessa. Suomessa vastaavien järjestelyjen voidaan arvioida lisääntyvän tulevaisuudessa.¹¹⁷

¹¹⁵ Valkama ym. 2004, 69–70.

¹¹⁶ Komissio 2004, 3.

¹¹⁷ HE 50/2006 vp, 17–18.

3.1.3 Rakenteellinen yhteistyö ja kunnan hankinnat

Yhteisyrityksen perustamisen tarkoituksena kuntien näkökulmasta useimmiten on taloudellisen hyödyn saavuttaminen organisoimalla kuntien liiketoimintoja uudestaan ja saattamalla yritysavoimen kilpailun piiriin. Kunnat saattavat myös suunnitella hankkivansa yhteisyrityksen kautta palveluja kunnalle.¹¹⁸ Kunnan yritykseltä tekemät hankinnat saattavat kuitenkin muodostua ongelmaksi. Julkisia hankintoja koskevan sääntelyn mukaan kunnan pitää kilpailuttaa hankinnat, mikäli se hankkii ne ulkopuoliselta palveluntuottajalta. Vanhan hankintalain 5 §:n mukaan olemassa olevat kilpailumahdollisuudet on käytettävä hyväksi, ja hankinnasta on sen arvosta riippumatta joko ilmoitettava tai tarjouksia on muutoin pyydetävä hankinnan kokoon ja laatuun nähden riittävä määrä. Uuden hankintalain mukaan on noudatettava samoja periaatteita; lain 2 §:ssä säädetään olemassa olevien kilpailumahdollisuuksien käyttämisestä ja 68 §:ssä säädetään, että hankintayksikön on ilmoitettava julkisesti hankintalaissa säädetyillä menettelyillä toteutettavasta hankinnasta.

Lähtiessään mukaan yhteisyrityksen perustamissuunnitelmiin kunnissa saatetaan usein ajatella, että yritys kuuluu kunnan omaan organisaatioon, joten siltä voidaan tehdä hankinnat suoraan ilman tarjouskilpailua. Uuden hankintalain 10 §:n mukaan kunta voi tehdä omalta sidosyksiköltään hankintoja suoraan. Kunnan ja yksikön välisen suhteen on kuitenkin täytettävä tietyt edellytykset, jotta hankintoja voidaan tehdä kilpailuttamatta. Edellytykset koskevat kunnan sidosyksikkönsä kohdistuvaa päätös- ja valvontavaltaa sekä yksikön toiminnan kohdistumista omistajana toimivaan kuntaan.¹¹⁹ Yhteisyrityksessä tilanne saattaa käydä ongelmalliseksi, kun yksityisen sektorin toimija on yrityksessä toisena omistajaosapuolena.

Kilpailuttamista koskevalla sääntelyllä halutaan varmistaa Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 14 artiklan mukainen tavaroiden, henkilöiden, palvelujen ja pääomien vapaa liikkuvuus. Jos kunnan palvelutuotantoon tulee mukaan jokin yksityisen sektorin toimija, tulee kaikille potentiaalisille toimijoille antaa mahdollisuus tavoitella kumppanuutta kunnan kanssa. Kaikkia tarjoajia tulee uuden hankintalain 2.1 §:n mukaisesti kohdella tasapuolisesti ja syrjimättömästi¹²⁰. Jotta tarjoajien tasapuolinen kohtelu ja kaikkien potentiaalisten toimijoiden huomioon ottaminen olisi mahdollista, se edellyttää EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan hankintaviranomaisten avoimuusvelvollisuutta. Tuomioistuin on ainakin kahdessa tuomiossaan käsitellyt

¹¹⁸ Ks. esimerkiksi Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006, 2.

¹¹⁹ Sidosyksikköhankintoja käsitellään tarkemmin tässä tutkimuksessa luvussa 5.1.

¹²⁰ Sama säännös on vanhan hankintalain 6.3 §:ssä

asiaa: asiassa C-275/1998, Unitron Scandinavia ja asiassa C-324/1998, Telaustria. Tuomioiden mukaan avoimuusvelvollisuus tarkoittaa, että hankinnasta on ilmoitettava asianmukaisessa laajuudessa. Tämän ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja tällöin myös hankintamenettelyjen puolueettomuutta voidaan valvoa.¹²¹ Avoimuutta koskeva säännös löytyy myös uuden hankintalain 2.1 §:stä.¹²² Yhteisyritykseltä tehtäviä hankintoja tarkastellaan tarkemmin tässä tutkimuksessa luvussa 5.

3.2 Rakenteellisen yhteistyön muodot

3.2.1 Yhteisyrityksen perustaminen

Yhteisyrityksen perustaminen on yksi rakenteellisen yhteistyön muoto. Sillä tarkoitetaan sitä, että kunta ja yksi tai useampi yksityinen yritys perustavat yhdessä uuden yksityisoikeudellisen yhtiön. Osapuolet myös hallinnoivat yhtiötä yhdessä. Kunnan ja muun yksityisillä markkinoilla toimivan yksikön, esimerkiksi kunnan tai valtion liikelaitoksen, yhdessä perustamalla yhtiöllä tarkoitetaan myös rakenteellisen yhteistyön mukaista yhteisyritystä¹²³. Yhteisyrityksestä voidaan käyttää myös nimitystä sekapääomayksikkö, sillä siihen ovat sijoittaneet pääomaansa sekä julkisen että yksityisen sektorin toimijat.¹²⁴ Omistussuhteet voivat jakautua tasan kaikkien kesken tai jollakin osapuolella voi olla osake-enemmistö tai -vähemmistö hallussaan. Omistussuhteista ja muista erityispiirteistä osapuolet sopivat yhtiön perustamissopimuksella. Koska tässä tutkimuksessa tarkastelun lähtökohtana ovat kuntien palvelutuotanto ja julkiset hankinnat, ei yrityksen perustamiseen yleisesti liittyviä muodollisia seikkoja tarkastella tämän syvemmin.

Euroopan alueiden ja kuntien neuvosto CEMR (Council of European Municipalities and Regions) tarkastelee yhteisyrityksiä vielä tarkemmin jakaen ne kahteen luokkaan yhteisyrityksen omistussuhteiden jakautumisen mukaan. On siis niitä yhteisyrityksiä, joiden pääomistus on kunnalla, ja näin ollen yhtiö on pääosin sen määräysvallassa. On myös niitä yhteisyrityksiä, joiden pääomistus on yksityisen sektorin toimijalla, ja yhtiö on pääosin sen määräysvallassa. CEMR katsoo jaottelulla olevan merkitystä yritykselle annettavien tehtävien eli siltä hankittavien palvelujen kannalta. Pääosin yksityisomistuksessa olevalta yhtiöltä tehtävät hankinnat tulee aina kilpailuttaa. CEMR esittää pääosin julkisomistuksessa olevan yhtiön osalta, että tältä voitaisiin tehdä hankintoja suoraan,

¹²¹ Asia C-275/1998, kohta 31, Kok. 1999-11, I-8291 ja Asia C-324/1998, kohta 61–62, Kok. 2000-12 (A), I-10745.

¹²² Vanhassa hankintalaissa avoimuusvelvoite sisältyi lain 5.1 §:ään.

¹²³ Ks. esimerkiksi Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006.

¹²⁴ Komissio 2004, 19.

mikäli yksityisomistuksen osuus on hyvin pieni.¹²⁵ Kuten tässä tutkimuksessa myöhemmin käy ilmi, ei CEMR:n jaottelulla ole kuitenkaan juurikaan merkitystä. CEMR:n asiakirjan jälkeen ilmi tulleiden EY-tuomioistuinratkaisujen mukaan yksityisomistuksen mukanaolo yhteisy yrityksessä (jopa vähemmistöosakkuus) johtaa EY-tuomioistuimen mukaan aina siihen, että siltä tehtävät hankinnat on kilpailutettava.¹²⁶

Kunta voi käyttää omaa harkintavaltaansa päättäessään, kenen kanssa se haluaa perustaa yhtiön. Kilpailuttamissäännöksiä ei sovelleta tähän, sillä yhteisyriksen perustamista koskeva sopimus ei ole hankintasopimus. Hankintasopimuksella kunnan on tarkoitus hankkia rahallista vastiketta vastaan tavaroita, palveluja tai jonkin rakennusurakan toteutus. Hankintadirektiivin 2004/18/EY 1 artiklan 2 kohdan mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan rahallista vastiketta vastaan kirjallisesti tehtyä sopimusta yhden tai useamman taloudellisen toimijan ja yhden tai useamman hankintaviranomaisen välillä tavaroiden tai palvelujen hankkimiseksi tai rakennusurakan toteuttamiseksi. Yhteisyriksen perustamissopimusta voidaan pitää niin sanottuna kumppanuussopimuksena. Tarkoituksena on sopia yhtiön perustamisesta yhteistä liiketoimintaa varten, ei hankkia tiettyjä tavaroita, palveluja tai rakennusurakkaa.

Mikäli kunta kuitenkin haluaa käyttää yhteisyriystä omassa palvelutuotannossaan, on sen hankittava palvelut siltä erillisellä hankintasopimuksella. Hankintasopimusta ei voida kuitenkaan myöntää suoraan yhtiölle, koska yksityinen omistaja on mukana yhtiön toiminnassa, kuten jäljempänä tässä tutkimuksessa tarkemmin käy ilmi. Palveluhankinnat on siis kilpailutettava, jolloin oma yhtiö voi osallistua tarjouskilpailuun, mutta myös muilla yrityksillä on oltava siihen mahdollisuus.¹²⁷

Hankintojen kilpailuttamista varten järjestetyssä tarjouskilpailussa saattaa kuitenkin käydä niin, ettei oma yritys voitakaan kilpailua ja saa hankintasopimusta. Mikäli kunta haluaa välttää tämän tilanteen, on sillä katsottu olevan toinenkin vaihtoehto. Tämän vaihtoehdon mukaan kunta voi järjestää tarjouskilpailun jo yhteisyriystä perustettaessa. Vaihtoehdon esittänyt Arrowsmith kuitenkin toteaa, että kunnan täytyy tällöin jo yritystä perustettaessa tietää, mitä palveluja se haluaa yrityksen kunnalle tuottavan. Tällöin kunta järjestäisi tarjouskilpailun kumppanin valinnassa, jolloin yritystä perustettaessa solmittava kumppanuussopimus vastaisikin hankintasopimusta. Ulkopuolinen toi-

¹²⁵ Council of European Municipalities and Regions 2004, kohta 36–41.

¹²⁶ Ks. tämä tutkimus luku 5.1.3 ja Asia C-26/2003, kohta 49, Kok. 2005–I, I-1.

¹²⁷ Ks. tämä tutkimus luku 5.1.

mija valittaisiin kumppaniksi sen perusteella, mikä olisi sen mahdollisuus tuottaa tiettyjä palveluja yhdessä kunnan kanssa perustamassa yhtiössä.¹²⁸

Myös CEMR mainitsee tämän vaihtoehdon. Sen mukaan pitäisi välttää tilanteita, joissa kuluu hallinnollisia ja taloudellisia resursseja ensin yrityksen perustamiseen ja kumppanin valintaan sekä myöhemmin hankintasopimuksen kilpailuttamisprosessiin. CEMR esittää esimerkin lontoolaisesta julkisomistuksessa olevasta jätteidenpolttolaitoksesta. Laitoksella piti 1990-luvun alussa tehdä suuria investointeja, joilla sen toiminta saatiin vastaamaan EU:n ympäristönormeja. Omistajana ollut viranomaisen halusi perustaa yksityisen toimijan kanssa yhteisyrityksen uudistusten suorittamiseksi. Yksityisen kumppanin valintaprosessi oli kuitenkin kallis asiantuntija-avustajineen ja kesti pitkään. Yhtiön perustamisen jälkeen järjestettiin varsinainen tarjouskilpailu tehtävän suorittamiseksi. Yhteisyritys voitti kilpailun, mutta eräs kilpailuun osallistunut yritys vei asian oikeuteen. Koko prosessi kesti noin neljä vuotta, satoi huomattavan määrän julkisorganisaation resursseja ja oli hyvin kallis.¹²⁹

Kaikki tämä järjestettiin vain, jotta saataisiin hankintasopimus myönnettyä. CEMR siis myös ehdottaa, että yrityksen perustaminen ja hankintasopimuksen myöntäminen voitaisiin yhdistää. Tarjouspyynnöstä ilmeni tarkasti, että työ voidaan suorittaa julkishallinnon ja yksityisen toimijan yhteisyrityksen kautta. Lisäksi siinä olisi tarkasti määritelty tehtävän erityispiirteet. Hankintamenettelynä voitaisiin CEMR:n mukaan käyttää uutta kilpailullista neuvottelumenettelyä.

Uuden hankintalain 62 ja 71 §:n¹³⁰ mukaan kunnan tulee valita kilpailevien tarjousten joukosta se, joka on hinnaltaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin. Yhteisyrityksen perustamisen yhteydessä tehtävä hankintasopimus saattaisi kuitenkin olla vaikea myöntää juuri näillä perusteilla, koska lopullinen palvelun hinta ei välttämättä olisi tarjousta annettaessa vielä tiedossa. Yksityisen tarjouksenantajan saattaisi nimittäin olla vaikea määritellä oman osuutensa hintaa kunnan kanssa yhdessä tuotettavalle palvelulle. Mikäli yksityinen tarjouksenantaja toimisi itsenäisesti koko tuotantoprosessin ajan, se vastaisi kaikista kustannuksistaankin itse. Oman kokemuksensa perusteella sen saattaisi tällöin olla helpompi määrittää hinta tarjoukseen.

¹²⁸ Arrowsmith 2005, 416.

¹²⁹ Council of European Municipalities and Regions 2004, kohta 34–35.

¹³⁰ Uudessa hankintalaissa molemmissa pykälissä on sama sisältö. Ne vain kuuluvat lain kahteen eri osaan, joista toista sovelletaan EU-kynnysarvot ylittäviin ja toista ne alittaviin hankintoihin. Vanhassa hankintalaissa samansisältöinen säännös on 7.1 §:ssä.

Mikäli tarjouskilpailu kuitenkin järjestettäisiin Arrowsmithin ja myös CEMR:n esittämän vaihtoehdon mukaisesti jo kumppania valitessa, on siinä vaiheessa tärkeää määritellä kaikki tehtävät, joita uuden yrityksen halutaan kunnalle suorittavan. Jos yhtiöltä haluttaisiin hankkia myöhemmin uusia palveluja, olisi kunnan järjestettävä näiden tehtävien osalta uusi tarjouskilpailu. Oma yhtiö voisi olla tässä kilpailussa tarjouksenantajana muiden joukossa, mutta sen menestyminen ei olisi taattu.¹³¹

Tämä malli tuntuu olevan ongelmallinen toteuttaa ja voidaankin kysyä, onko tämä vaihtoehto lähinnä vain teoreettinen malli? Toisaalta jo perustamisvaiheessa järjestetty tarjouskilpailu saattaisi varmistaa sen, etteivät kunnan yhteisyrityksen perustamiseen käyttämät resurssit mene hukkaan. Kunta voisi tehdä sopimuksessa määritellyt hankinnat omalta yhtiöltään suoraan. Tämä tietysti edellyttää tarkkaa suunnittelua aikaisessa vaiheessa, kuten edellä on todettu. Joka tapauksessa yhteisyrityksen perustaminen vain yhtä tiettyä tehtävää varten on kyseenalaista. Miksi laittaa niin paljon energiaa ja resursseja yhtiön perustamiseen, kun yhtiön jatkotoiminnasta ei ole varmuutta? Siinä tilanteessa saattaisi olla järkevintä hankkia oman toiminnan lisänä tarvittavat palvelut yksityiseltä tavallisella ostopalvelusopimuksella. Eri asia on se, että yritystä perustettaessa on tehty varasuunnitelma sen varalle, ettei se saisikaan hankintasopimusta. Tällöin yritys voisi toimia siitä huolimatta yleisillä markkinoilla, eivätkä resurssit välttämättä menisi hukkaan.

3.2.2 Kunnan kokonaan omistaman julkisen yhtiön muuttaminen yhteisyritykseksi

Rakenteellinen julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuus voidaan toteuttaa myös julkisen yrityksen osakkeenomistusta muuttamalla. Julkiselle yritykselle on tällöin jo osoitettu jonkin julkisen palvelutehtävän hoitaminen¹³². Yksityisen toimijan intressinä saattaa olla vain sijoittaa varojaan julkiseen yritykseen. Kyse on siis talouspoliittisesta ratkaisusta eikä yksityisen rahoittajan ole tarkoitus osallistua toimintaan tai päätöksentekoon. Tällöin ei julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä sovelleta kyseiseen myyntitoimenpiteeseen. Julkishallinto saattaa kuitenkin myöntää yksityistalouden toimijalle myös ilmeistä vaikutusvaltaa kunnan palvelutuotantoon osallistuvassa yrityksessä myydessään tälle osan yrityksestä. Silloin myydyn osan siirto kuuluu julkisten hankintojen lainsäädännön määräämän kilpailuttamisvelvoitteen piiriin. Yksityissektorin toimija pääsee tällöin siirtojärjestelyjen avulla suorittamaan hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluvia, viranomaisten aikaisemmin suorittamia tehtäviä. Uudessa tilanteessa pitäisi kaikilla potentiaalisilla

¹³¹ Arrowsmith 2005, 416.

¹³² Council of European Municipalities and Regions 2004, kohta 42.

toimijoilla olla yhdenvertainen mahdollisuus päästä osallistumaan näiden aikaisemmin rajoitettujen tehtävien hoitamiseksi järjestettyyn tarjouskilpailuun.¹³³

Yksikön siirtämisen yhteydessä olisi siis varmistettava, että siirtämiseen ei todellisuudessa kätkedy julkisten hankintasopimusten myöntämistä yksityiselle kumppanille. Näin tapahtuisi etenkin silloin, jos kyseiselle siirrettävälle yksikölle myönnetään ennen siirtotoimenpidettä suoraan ja ilman kilpailumenettelyä erityisiä tehtäviä tulevan siirtotoimenpiteen kiinnostavuuden lisäämiseksi.¹³⁴

¹³³ Komissio 2004, 22.

¹³⁴ Komissio 2004, 22. Ks. hankintasopimusten siirtämisestä tarkemmin myös tämä tutkimus luku 5.2.

4 Sopimus rakenteellisen yhteistyön perustana

4.1 Perinteinen kunnan toiminta

4.1.1 Hallintotoiminta

Rakenteellisen yhteistyön perustana oleva kunnan ja yksityisen toimijan yhteinen yritys perustetaan sopimuksella¹³⁵. Sopimuksella voidaan myös sopia yhtiön tehtävistä. Yleensä yhtiön tehtäviin kuuluu tiettyjen palvelujen tuottaminen yleisille markkinoille. Yksityisen kumppanina ja osakkaana olevan kunnan on tarvittaessa itsekin ostettava palvelut yritykseltä kilpailuttamisen jälkeen, eikä yritys voi tuottaa niitä suoraan kunnalle. Tällöinkin kunta tekee sopimuksen osittain omistamansa yrityksen kanssa. Sopimustoiminta eroaa merkittävästi perinteisestä hallintopäätöksellä toteutettavasta yksipuolisesta julkisen vallan käytöstä¹³⁶. Sopimuksen tekoa on perinteisesti pidetty yksityisoikeuden alaan kuuluvana oikeustoimena. Nykyisin kuitenkin myös julkishallinto käyttää toiminnassaan runsaasti erilaisia sopimuksia.¹³⁷

Mäenpää käyttää kaikista kunnan toiminnoista niin sanottuna kattokäsitteenä hallintotehtävän käsitettä. Kunnan tehtäviä toteutetaan hallintotoimintana, tosiasiallisena toimintana sekä näitä avustavana taloudellisena ja ylläpitotoimintana. Hän jakaa hallinnon kaikki tehtävät niiden sisällön ja toimintamuotojen mukaan neljään päätyyppiin: sääntelevään ja palvelemaan hallintoon sekä taloudellisia tehtäviä suorittavaan ja hallinnon ylläpidosta vastaavaan viranomaistoimintaan. Hallinnollinen sääntely (1) (esimerkiksi välittömän hallintopakon käyttäminen tai oikeusnormien antaminen) on hallintotoimintaa, jota toteutetaan hallintotoimin, yleensä kirjallisin hallintopäätöksin. Palvelevaa hallintoa (2) on esimerkiksi hoitotyö tai opetus, joka on vapaamuotoisempaa, tosiasiallista hallintotoimintaa. Tosin näihin liittyvän edun myöntämisestä tehdään myös hallintotoimeksi katsottava hallintopäätös. Taloudelliseen toimintaan (3) sisältyy liiketoiminnalle tyypillisiä, yksityisoikeudellisiakin menettelyjä, kuten sopimusten tekoa. Näillä toimilla voidaan kuitenkin toteuttaa myös hallinnollista sääntelyä. Hallinnon ylläpidon toiminnot (4) ovat lähinnä suunnitelmia ja hallinnollisia määräyksiä tai ohjeita. Toiminnan muodot eivät välttämättä ole kirjallisia tai julkisia.¹³⁸

¹³⁵ Yhtiön perustamista koskevat säädökset löytyvät osakeyhtiölain 624/2006 2 luvun 1.1 §:stä: ”Yhtiön perustamiseksi on laadittava kirjallinen perustamissopimus, jonka kaikki osakkeenomistajat allekirjoittavat” ja lain avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä 389/1988 1 luvun 2 §:stä: ”Avoin yhtiö ja kommandiittiyhtiö syntyvät yhtiömiesten sopimuksella”. Ks. myös Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006.

¹³⁶ HE 72/2002 vp, 54.

¹³⁷ Mäenpää 1989, 5 ja Mäkinen 2000, 52.

¹³⁸ Mäenpää 2003, 119–120.

Heuru ei koe Mäenpään jaottelun kuvaavan riittävästi hallinnon erilaisia toiminnallisia kokonaisuuksia eikä hallinnon oikeudellista rakennetta. Heuru onkin esittänyt jaottelun, joka perustuu hallinnon eri toimintojen oikeudelliseen erilaisuuteen. Hallinnon perustehtävistä käytetään hallintotehtävän käsitettä. Mäenpään tavoin Heuru erottaa konkreettisen, suorittavan toiminnan hallintotoiminnasta, mutta hieman eri tavalla. Mäenpää katsoo tosiasiallisen hallintotoiminnan kuuluvan hallintotehtävään, kun taas Heuru erittelee täytäntöönpanon omaksi tehtäväalueeksi – erilleen hallintotehtävästä.¹³⁹ Lisäksi Heuru kuvaa erikseen järjestyksenpito- ja suojelutehtäviä, valvontatehtäviä, verotustehtäviä, rekisteröintitehtäviä ja toimitustehtäviä¹⁴⁰.

Heurun mukaan hallintotoimintana toteutettavat hallintotehtävät muodostavat julkishallinnon ydinalueen. Niihin kuuluvat hallinnon yleisestä toimivuudesta ja seurannasta huolehtiminen sekä hallinnon ylläpitämiseen ja sen kehittämiseen liittyvä päätöksenteko.¹⁴¹ Hallintotehtävien merkittävin kokonaisuus muodostuu Heurun mukaan toimenpiteistä, jotka luovat oikeusvaikutuksia johonkin hallinnon ulkopuoliseen yksityiseen ihmiseen tai yhteisöön. Oikeusvaikutuksilla tarkoitetaan yksityisen oikeuksien tai velvollisuuksien perustamista, muuttamista tai kumoamista. Nämä hallintotehtävät toteutetaan hallintotoimin, jotka perustuvat kirjallisesti dokumentoituihin päätöksiin ja ovat määrämuotoisia. Hallintotoimia tehtäessä lainsäädäntöä sovelletaan konkreettisesti ja yksipuolisesti.¹⁴²

Hallintotehtävän oikeusvaikutus voi suuntautua myös hallintoon itseensä tai sen suorittamisessa ei käytetä julkista valtaa eikä sillä sallita, muuteta, kumota tai perusteta mitään. Tällöin hallintotehtävä voidaan toteuttaa muutoinkin kuin hallintotoimin. Esimerkiksi, kun julkisyhteisö on yksityisoikeudellisessa sopimussuhteessa tasavertaisena sopimuskumppanina eikä käytä julkista valtaa, ei kyseinen oikeustoimi ole hallintotoimi, mutta se saattaa silti olla osa hallintotehtävän suorittamista.¹⁴³ Oikeustoimeen ryhtymisestä ja sopimuksen hyväksymisestä on joka tapauksessa tehtävä ensin päätös¹⁴⁴. Tämän esittäessään Heuru ei mainitse esimerkinmukaisen yksityis-

¹³⁹ Heuru 2003, 75–77.

¹⁴⁰ Heuru 2003, 75 ss. Järjestyksenpitoitehtävillä Heuru tarkoittaa poliisin tehtäviä, suojelutehtävillä puolustusvoimien, rajavartiolaitoksen, tullilaitoksen ja kunnallisten pelastusviranomaisten tehtäviä. Valvontatehtävillä tarkoitetaan hallinnon ulkopuolisiin kohdistuvaa valvontaa (mm. poliisin, tullilaitoksen, rajavartiolaitoksen sekä muiden viranomaisten suorittama valvonta esimerkiksi terveydensuojeluun, kilpailunrajoituksiin, kuluttajansuojaan, rakentamiseen tai verotukseen liittyen). Verotustehtävillä tarkoitetaan veron määräämistä, maksuunpanoa ja veronkantoa liittyen välittömiin (valtion-, kunnallis-, yhteisön tulo- ja kirkollisvero sekä sairausvakuutusmaksu) ja välillisiin (arvonlisävero) veroihin. Rekisteröintitehtävillä tarkoitetaan rekistereiden ylläpitoa (esimerkiksi kiinteistö-, kauppa-, lainhuudatus- tai äänioikeusrekisteri). Toimitustehtävillä tarkoitetaan mm. vaalien ja kansanäänestysten järjestämistä.

¹⁴¹ Heuru 2003, 76.

¹⁴² Heuru 2003, 76–77. Ks. myös Mäenpää 2003, 120 sekä Tuori 2001, 8 ja 74.

¹⁴³ Heuru 2003, 76–77.

¹⁴⁴ Mäenpää 1989, 104 ja HE 72/2002 vp, 54–55.

oikeudellisen oikeustoimen tekemisen olevan hänen tarkoittamaansa hallintotehtävän täytäntöönpanoa, mutta sitä sen nähdäkseni voidaan kuitenkin katsoa olevan.

Myös rakenteellinen yhteistyö voidaan nähdä esimerkin kaltaisena toimintana. Mikäli kunta on yksityisen toimijan kanssa tasavertaisena sopimuskumppanina yhteisyrityksen osakkaana, voidaan yhteistyöhön ryhtyminen ja sen perustana olevan sopimuksen hyväksyminen katsoa kunnan hallintotehtäväksi. Varsinainen yhteistyötä koskevan sopimuksen teko ei kuitenkaan ole hallintotoimi, vaan oikeustoimi.

4.1.2 Hallintopäätös

Hallintotoimi suoritetaan tavallisesti hallintopäätöksellä. Sillä tarkoitetaan kirjallista päätöstä, joka on ratkaisu hallintotoimeen kuuluvassa hallintoasiassa. Hallintopäätöksen sisältönä on yleensä yksityisen oikeusasemaa tai etua koskeva ratkaisu.¹⁴⁵ Hallintopäätöksen määrittely löytyy myös laista. Hallintolainkäyttölain (586/1996) 5.1 §:n mukaan päätöksellä tarkoitetaan toimenpidettä, jolla asia on ratkaistu tai jätetty tutkimatta. Hallintolain (434/2003) 43 §:ssä säädetään, että hallintopäätös on annettava kirjallisesti. Poikkeuksellisesti päätös voidaan antaa suullisesti, mikäli se on välttämätöntä asian kiireellisyyden vuoksi, mutta suullinen päätös on annettava viipymättä myös kirjallisena.¹⁴⁶

Mäenpää jakaa hallintopäätökset niiden muodon, käyttötarkoituksen ja vaikutusten perusteella kolmeen eri ryhmään: etuja suoviin, oikeuksia perustaviin sekä velvoitteita asettaviin hallintopäätöksiin. Etuja suovia päätöksiä ovat esimerkiksi sosiaalisten etujen (kuten toimeentulotuen) myöntäminen ja hallintoluvat, joilla viranomaisen sallii muutoin kielletyn tai rajoitetun toiminnan (esimerkiksi rakentamisen). Oikeuksia perustavilla tai vahvistavilla hallintopäätöksillä on laajempia ja monipuolisempia oikeusvaikutuksia kuin muilla hallintopäätöksillä. Esimerkiksi rekisteröintipäätökset (kuten osakeyhtiön rekisteröiminen) perustavat oikeuksia rekisteröidylle oikeushenkilölle tai vahvistavat sen oikeusasemaa. Verojen tai maksujen määräämisestä annettu päätös on esimerkki hallintopäätöksestä, joka asettaa velvoitteita.¹⁴⁷

Rakenteelliseen yhteistyöhön ryhtymisestä tehdään yleensä päätös ennen sopimuksen allekirjoittamista. Tämän päätöksen voidaan edellä selvitetyn perusteella katsoa olevan hallintopäätös, koska

¹⁴⁵ Ks. esim. Heuru 2003, 77 ja Mäenpää 2003, 120–121.

¹⁴⁶ Ks. myös Mäenpää 2003, 366–367.

¹⁴⁷ Mäenpää 2003, 125–130 ja Tuori 2001, 74.

sillä ratkaistaan hallintoasia, joka koskee sopimuksen solmimista yksityisen kanssa. Mäenpään esittämä hallintopäätösten luokittelu perustuu lähinnä siihen, millaisia vaikutuksia päätöksellä on sen kohteena oleviin yksityisiin luonnollisiin tai oikeushenkilöihin. Rakenteellisen yhteistyön osalta hallintopäätöksellä lähinnä kuvataan kunnan sisäistä toimintaa tiettyyn oikeustoimeen ryhtymisessä. Tosin sillä voidaan nähdä jossain määrin olevan vaikutusta myös yksityiseen toimijaan. Päätös vaikuttaa siihen, jonka kanssa kunnan on tarkoitus solmia sopimus. Tällöin yksityiselle suodaan etu päästä sopimuskuppaniksi. Oikeutta päätöksellä ei voida yksityiselle perustaa eikä vahvistaa, sillä kunta ei hallintopäätöksestä huolimatta ole velvollinen solmimaan sopimusta. Velvoitettakaan päätöksellä ei yksityiselle määrätä, sillä yksityinen ei ole velvollinen solmimaan sopimusta päätöksestä huolimatta.

Mäenpään teoriaa soveltaen voidaan päätöksen katsoa kuuluvan oikeuksia perustavien hallintopäätösten luokkaan. Tällöin päätöksen merkittävin oikeusvaikutus on, että päätöksellä luodaan kunnan toimielimelle tai tietylle henkilölle oikeus suorittaa sopimuksen solmiminen ilmaisemalla kunnan tahto ja allekirjoittamalla sopimus.

4.1.3 Tosiasiallinen hallintotoiminta ja hallintotehtävän täytäntöönpano

Mäenpää puhuu tosiasiallisesta hallintotoiminnasta, Heuru hallintotehtävän täytäntöönpanosta. Mäenpää katsoo tosiasiallisen hallintotoiminnan kuuluvan hallintotehtävään, Heuru puolestaan erottaa täytäntöönpanon jyrkästi hallintotehtävästä¹⁴⁸. Molemmat tarkoittavat tosiasiallisella hallintotoiminnalla ja hallintotehtävän täytäntöönpanolla lähinnä julkisten palvelujen tuottamista ja jakamista. Se on julkishallinnon toimintaa, jossa ei tehdä kirjallisia päätöksiä tai niitä tehdään vain hyvin vähän, eikä tällä toiminnalla suoranaisesti vaikuteta yksityisten oikeuksiin tai velvollisuuksiin. Se ei myöskään ole määrämuotoista.¹⁴⁹

Ehkä Heurun jakoon täytäntöönpanon erottamisesta hallintotehtävästä on helpompi yhtyä, koska palvelutuotannon vapaamuotoisemmat toiminnot ja hallinnollinen määrämuotoinen toiminta eroavat niin paljon toisistaan. Myös Heurun peruste, että merkittävä osa täytäntöönpanosta tapahtuu yksityisoikeudellisin sopimuksin¹⁵⁰, vahvistaa kallistumista hänen kannalleen. Rakenteellinen yhteistyö on juuri tämänkaltaista toimintaa. Hallintotoiminnassa ensin tehdyn hallintopäätöksen perusteella perustetaan sopimuksella yhteinen yritys, jonka toiminta ei oletettavasti ole hallinto-

¹⁴⁸ Heuru 2003, 77 ja Mäenpää 2003, 119–120.

¹⁴⁹ Heuru 2003, 77; Mäenpää 2003, 123–124 ja Tuori 2001, 74.

¹⁵⁰ Heuru 2003, 77.

toimintaa vaan juuri esimerkiksi tiettyjen palvelujen tuottamista eli Heurun jaon mukaista varsinaisen hallintotehtävän täytäntöönpanoa.

Käytettiinpä julkiseen palvelutuotantoon liittyvän toiminnan ja hallinnollisen toiminnan erottamiseen millaista jakoa tahansa, on huomattava, että myös palvelutuotannossa on merkitystä oikeusturvan, julkisuuden, yleisen vaikuttamisen ja julkisen valvonnan mahdollisuuksilla sekä hyvän hallinnon periaatteilla – samoin kuin varsinaisessa yksityisen oikeuksiin, etuun tai velvollisuuksiin vaikuttavassa hallinnollisessa toiminnassa.¹⁵¹

4.1.4 Julkisen vallan käyttö

Julkisen vallan käyttö on viranomaisten toiminnan keskeinen erityispiirre. Mäenpään mukaan julkista valtaa käyttäessään viranomaiset voivat asettaa yksityisille velvollisuuksia tai rajoituksia tai päättävät muutoin yksityisten oikeuksista ja eduista. Myös hallinnollinen valvonta kuuluu julkisen vallan piiriin, samoin kuin poliisin tai esimerkiksi ulosoton toimeenpanijan toiminta.¹⁵² Heuru on määritellyt julkisen vallan käsitettä tarkemmin seuraavasti:

Julkinen valta tarkoittaa mahdollisuutta säilyttää, perustaa, muuttaa tai kumota oikeudellisia tai muita olosuhteita. Julkista valtaa voivat käyttää vain ne, joille siihen on annettu mahdollisuus lailla tai sen nojalla. Toisaalta sillä subjektilla, jolle on annettu mahdollisuus käyttää julkista valtaa, on yleensä myös velvollisuus käyttää sitä. Julkisen vallan haltija ei yleensä voi luovuttaa valtaansa toiselle. Julkista valtaa on yleensä käytettävä yleisen eikä haltijansa yksityisen intressin edistämiseksi. Julkiseen valtaan liittyy usein pakko tai pakon uhka.¹⁵³

Mahdollisuus vaikuttaa yksityisen oikeuksiin tai etuihin ei kuitenkaan ole rajaton, sillä julkisen vallan käyttöä säännellään lainsäädännöllä, ja sen käyttö edellyttää aina laissa nimenomaisesti määriteltyä toimivaltaa. Julkisen vallan puitteissa suoritettavat toimet ja niiden vaikutukset eivät perustu nimenomaisesti julkiseen valtaan vaan lakiin¹⁵⁴.

Heuru erottelee kolme erilaista julkisen vallan muunnelmaa: velvoittava julkinen valta, palveleva julkinen valta ja suojeleva julkinen valta. Velvoittavaan julkiseen valtaan liittyy pakko tai sen uhka, kun taas kahdessa jälkimmäisessä julkisen vallan muodossa se on kokonaan häivytetty. Esimerkiksi viranomaisen neuvontatoiminta voi olla palvelevaa julkista valtaa, johon ei liity

¹⁵¹ Mäenpää 2003, 123–124. Kansalaisten oikeusturvaa ja hyvän hallinnon periaatteen sisältöä on tarkasteltu tässä tutkimuksessa jo aiemmin, ks. luku 2.2.3. Samoin kansalaisten oikeuksien ja osallistumisen kannalta tärkeästä demokraattisen valvonnan toteutumisesta ja sen edellyttämästä viranomaisen toiminnan julkisuudesta ks. luku 2.4.

¹⁵² Heuru 2003, 66 ja Mäenpää 2003, 66–67.

¹⁵³ Heuru 2003, 66–69.

¹⁵⁴ Heuru 2003, 66 ja Holopainen 1969, 33.

minkäänlaista pakkoa.¹⁵⁵ Myös Mäenpää näkee julkisen vallan käytössä olevan selvät aste-erot. Voimakkainta on välittömän pakon käyttäminen, jota sisältyy erityisesti poliisin toimintaan. Epäsuorempaa vallan käyttö on hallinnollisessa sääntelyssä, kuten rajoittavia tai velvoittavia hallintopäätöksiä tehtäessä. Suuri osa hallinnon toiminnasta on kuitenkin toimintaa, johon liittyy julkisen vallan käyttöä vain vähäisessä määrin tai ei lainkaan. Julkishallinnon palvelutuotanto voidaan pääasiassa nähdä tällaisena toimintana. Esimerkkeinä tästä Mäenpää esittää muun muassa tien rakentamisen tai kouluopetuksen.¹⁵⁶

Tuorin mukaan julkisen vallan käsitettä saatetaan käyttää kahdessa eri merkityksessä: organisatorisena käsitteenä ja toimintakäsitteenä. Organisatorisena käsitteenä se esiintyy perustuslain 2 luvun perusoikeussäännöksissä. Julkisella vallalla tarkoitetaan organisaatiota, jonka velvollisuus on turvata perusoikeussäännösten toteutuminen. Toisaalta Tuori näkee julkisen vallan myös organisaationa, jonka toimia vastaan perusoikeudet suojaavat.¹⁵⁷ Toimintakäsitteenä julkinen valta esiintyy perustuslain 2.3 §:ssä: ”Julkinen vallan käytön tulee perustua lakiin”, 119.2 §:ssä: ”Valtionhallinnon toimielinten yleisistä perusteista on säädettävä lailla, jos niiden tehtäviin kuuluu julkisen vallan käyttöä” sekä muun muassa vahingonkorvauslaissa (412/1974) ja rikoslaissa (39/1889).

Vahingonkorvauslain 3 luvun 2 §:ssä säädetään julkisyhteisön korvausvastuusta sen käyttäessä julkista valtaa ja samoin 4 luvun 2 §:ssä virkamiehen vahingonkorvausvastuusta. Mikäli julkista valtaa on siirretty viranomaishallinnon ulkopuolelle, on myös tämä julkisen vallan käyttäjä vahingonkorvausvelvollinen vahingonkorvauslain 4 luvun 2.4 §:n mukaan. Rikoslain 40 luvun 11 §:n (säädetty lailla 604/2002) 5a-kohdan mukaan julkista valtaa käyttävällä henkilöllä tarkoitetaan sitä, ”jonka tehtäviin lain tai asetuksen nojalla kuuluu antaa toista velvoittava määräys tai päättää toisen edusta, oikeudesta tai velvollisuudesta taikka joka lain tai asetuksen nojalla tehtävässään tosiasiallisesti puuttuu toisen etuun tai oikeuteen”.

¹⁵⁵ Heuru 2003, 67–68.

¹⁵⁶ Mäenpää 2003, 16.

¹⁵⁷ Tuori 2001, 7.

4.1.5 Yhteenveto kuntien toiminnasta – hallintotoimintaa ja palvelujen tuotantoa

Tämän tutkimuksen kannalta olennaisia kunnan tehtävistä ovat hallinnollista päätöksentekoa koskevat ja palvelutuotantoa koskevat tehtävät. Nämä tehtävät voidaan jakaa kahteen luokkaan: hallintotehtäviin ja palvelutehtäviin. Muiden tehtävien erottamisessa toisistaan sekä hallinto- ja palvelutehtävistä voidaan käyttää Heurun kattavaa ja perusteltua jaottelua¹⁵⁸.

Hallinto- ja palvelutehtävät ovat yleensä toisistaan riippuvaisia, mutta kuitenkin täysin erilaisia tehtävämuotoja. Hallintotehtäviksi katsotaan edellä selostetun perusteella hallinnon sisäisestä järjestyksestä, toimivuudesta, tuloksellisuudesta ja tarkoituksenmukaisuudesta huolehtiva päätöksenteko sekä hallinnon ulkopuoliseen oikeusvaikutuksia aiheuttava päätöksenteko. Nämä tehtävät suoritetaan hallintomenettelyllä, jonka lopputuloksena syntyy hallintopäätös. Palvelutehtävään kuuluvat palvelujen tuottaminen ja jakaminen. Palvelujen tuotanto voidaan toteuttaa erilaisin menettelytavoin, ja myös tehtävän suorittamisen lopputulokset ovat erilaiset. Tämä johtuu siitä, että palvelutehtävät ovat erilaisia ja kunnilla on suhteellisen laaja vapaus päättää niiden toteuttamisesta. Kaikki palvelutehtävät perustuvat kuitenkin lakiin ja hallintopäätöksiin. Palvelutehtävä-käsitteen voidaan jossain määrin katsoa vastaavan Heurun tarkoittamaa täytäntöönpanoa ja Mäenpään tosiasiallista hallintotoimintaa. Hallinto- ja palvelutehtäviä voidaan omissa luokissaan jaotella vielä erilaisiin ”alaluokkiin”. Seuraavassa taulukossa on koottu yhteen tämän jaottelun mukaisten hallinto- ja palvelutehtävien ominaispiirteet.

Hallintotehtävä	Palvelutehtävä
määrämuotoinen	ei-määrämuotoinen
kirjallinen	ei-kirjallinen (yleensä)
julkinen valta	ei julkista valtaa (pääsääntöisesti)
viranomainen suorittaa	myös hallinnon ulkopuolinen voi suorittaa
edeltää palvelutehtävää	seuraa hallintotehtävää
toteutus hallintomenettelynä hallintotoimin ja -päätöksiin	toteutus varsinaisena toimintana (esim. opetus tai sairaanhoito)

Taulukko 2 Kunnan hallinto- ja palvelutehtävien ominaispiirteet

¹⁵⁸ Ks. tässä tutkimuksessa alaviite 140. (Heuru 2003, 77 ss.)

Sekä Heuru että Mäenpää katsovat palvelutehtävän toteuttamisen olevan hallintotoimintaa¹⁵⁹. Varsinainen toiminta, kuten taulukossa mainittu opetus ja sairaanhoito tai vaikka katujen rakentaminen, olisi kuitenkin hyvä erottaa hallintotoiminnasta. Vaikka hallintoelimet huolehtivatkin näiden tehtävien järjestämisestä, eivät ne itse toteuta niitä eli varsinainen tehtävän suorittaminen ei ole hallinnollista toimintaa. Siten hallintotoiminnan käsite näiden yhteydessä saattaa olla hieman harhaanjohtava. Palvelutehtäviin tosin saattaa kuulua joitakin hallintotoiminnaksi katsottavia toimia. Tämä vahvistaa edellä todettua asiaa, että hallinto- ja palvelutehtävät voidaan jakaa edelleen eri luokkiin niiden toteutustapojen ja sisällön mukaan.

4.2 Sopimustoiminta viranomaistoiminnassa

4.2.1 Julkisoikeus – yksityisoikeus -jaottelu

Sopimukset on perinteisesti jaoteltu julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin sopimuksiin. Rytkölä on määritellyt julkisoikeudellisen sopimuksen olevan ”kahden sopijapuolen yhtäpitävien ja toisensa täydentävien tahdonilmaisujen yhtyminen, joka sopijapuolten välillä perustaa, muuttaa tai kumoaa julkisoikeudellisen oikeussuhteen”.¹⁶⁰ Julkisoikeudellinen sopimus erottuu yksityisoikeudellisesta sisällön ja seurausten perusteella, ei sopimuksen ulkonaisen muodon perusteella.¹⁶¹ Hallintotoimesta sopimuksen erottaa se, että hallintotoimeen ryhtyminen ja hallintopäätöksen oikeudellisten vaikutusten aikaansaaminen riippuu pääasiassa vain hallintoviranomaisen yksipuolisesta tahdonilmaisusta. Sopimuksen syntymiseen puolestaan tarvitaan kahden subjektin tahdonilmaisujen yhtyminen.¹⁶²

Tasavertaisten sopijapuolten (esimerkiksi kahden kunnan) välinen julkisoikeudellinen sopimus on aina mahdollinen, ellei erityislaeissa toisin säädetä. Mikäli sopijapuolet eivät ole tasavertaisia julkisoikeudellisia oikeushenkilöitä, on sopimus mahdollinen vain oikeussäännöksen sallimissa tapauksissa. Eriarvoisten sopimuskumppanien välinen julkisoikeudellinen sopimus on poikkeuksellinen asioiden hoitamismuoto, ja se on mahdollinen vain nimenomaisen säännöksen nojalla.¹⁶³ Viranomaisen voi kuitenkin tarvittaessa luopua sille kuuluvasta julkisen vallan käytöstä ja toimia yksityisoikeudellisena subjektina ja oikeushenkilönä¹⁶⁴. Tällöinkään viranomaisen ei ole tasa-

¹⁵⁹ Ks. esimerkiksi Mäenpää 2003, 130 ja Heuru 2003, 48.

¹⁶⁰ Rytkölä 1950, 31.

¹⁶¹ Rytkölä 1950, 31.

¹⁶² Rytkölä 1950, 38.

¹⁶³ Rytkölä 1950, 6–10, 22, 31, 60 ja 68.

¹⁶⁴ Mäenpää 1989, 79–80 ja Rytkölä 1950, 10 (Rytkölä toteaa, että julkisen vallan käytöstä luopuminen on mahdollista erityisellä perusteella, jollaisena toimii lain säännös).

arvoinen sopimuskumppaninsa kanssa, mutta sopimuksessa molempien tahdonilmaisut ovat yhdenvertaiset¹⁶⁵.

Kun sopimuksia tehdään hallintotehtävän suorittamiseksi, pyritään niillä hallintotoimien tavoin jonkin hallinnollisen tarkoituksen toteuttamiseen. Sopimustoiminnassa julkisyhteisön toimintavapaus on kuitenkin suppeampi kuin viranomaisen omassa hallintotoiminnassa. Tämän huomioon Rytkölä muistuttaakin, ettei ole julkisen edun mukaista olla liiallisesti riippuvainen toisesta sopijapuolesta. Hänen mukaansa julkisoikeudellinen sopimus on voitava tarvittaessa korvata hallintopäätöksellä. Tämä on kuitenkin mahdollista vain silloin, kun sopijapuolet eivät ole tasa-vertaisessa asemassa, ja julkisyhteisö voi julkisen vallankäyttöön vedoten turvautua yksipuoliseen hallintotoimeen.¹⁶⁶

Yksityisoikeudellisina sopimuksina on pidetty sopimuksia, joiden sisältö on yksityisoikeudellinen ja molemmat osapuolet voivat vaikuttaa siihen. Sopimusosapuolet ovat tällöin aina myös tasa-vertaisessa asemassa.¹⁶⁷ Viranomaisille kuuluvat yksityisoikeudellisissa sopimuksissa sopimusosapuolena samanlaiset oikeudet ja velvollisuudet kuin yksityisille oikeushenkilöille, ja näissä sopimuksissa noudatetaan pääasiassa yksityisoikeuden periaatteita. Viranomaisten asema julkisyhteisönä ei oikeuta niitä käyttämään yksipuolista julkista valtaa yksityisoikeudellisessa oikeussuhteessa.¹⁶⁸ Esimerkiksi julkisia hankintoja koskeva sopimus, jolla sovitaan tavaroiden ostamisesta, on selvästi yksityisoikeudellinen. Varsinkin lakisääteisten palvelujen tuottamista koskevassa sopimuksessa on taas julkisoikeudellisia piirteitä – julkinen intressi on vahvasti esillä.¹⁶⁹

Oikeudenalojen tiukat rajanvedot ovat kuitenkin pehmentyneet eikä julkisviranomaisten toiminta enää istu perinteiseen tiukkaan kahtiajakoon julkisoikeudellisten ja yksityisoikeudellisten sopimusten välillä. Viranomaisten hallintotoiminnan muodot ovat nykyään melko monipuolisia. Yksipuolisen julkis- tai yksityisoikeudellisen toiminnan sijaan kunnan toiminta perustuukin aikaisempaa huomattavasti enemmän joustavaan erilaisten intressien yhteensovittamiseen – lain määrittelemän harkintavallan rajoissa. Mäenpään mukaan julkisoikeudellinen sääntely rajoittaa sopimusosapuolien suhteiden sisältöä ja menettelyä. Toisaalta hallinnolliseen sääntelyyn on

¹⁶⁵ Rytkölä 1950, 68.

¹⁶⁶ Rytkölä 1950, 24–25.

¹⁶⁷ Mäenpää 1989, 84.

¹⁶⁸ Mäenpää 2003, 17 ja Mäkinen 2001, 11.

¹⁶⁹ Mäkinen 2001, 38.

omaksuttu yksityisoikeudellisia muotoja ja ominaisuuksia. Tämän myötä hallintotoiminnan yksityisyyttä ja puolisuutta sekä velvoittavuus ovat heikentyneet.¹⁷⁰

Mäenpää toteaa, että viranomaisen roolit yksityis- tai julkisoikeudellisina subjekteina liittyvät yhä useammin toisiinsa ja ovat ainakin osaksi päällekkäisiä. Hänen mukaansa viranomaisten sopimustoiminnasta saattaa löytyä sekä julkis- että yksityisoikeudellisia piirteitä. Sinänsä puhtaasti yksityisoikeudellista sopimustoimintaa muotoilee julkisoikeudelliseen suuntaan pelkästään jo se, että toisena osapuolena on julkisen sektorin viranomainen.¹⁷¹ Samoin Mäkinen mukaan julkishallinnon tekemiin yksityisoikeudellisiin sopimuksiin liittyy myös hallinto-oikeudellisia kysymyksiä jo siksi, että sopimukseen johtavaan toimeen ryhtymisestä tehdään hallinnollinen päätös¹⁷².

Yksityis- ja julkisoikeuteen ohjaavan jaottelun on nähty jossain määrin johtavan harhaan. Voidaan kysyä, tarvitaanko jaottelua vielä, kun se ei nykyisin ole edes ollenkaan helppo tehtävä? Mäkinen kuitenkin perustelee luokittelun tarvetta riita-asioiden käsittelyn selkeydellä. Julkisoikeudellisia sopimuksia koskevat riidat käsitellään hallintoriita-asiaina ja yksityisoikeudellisia sopimuksia koskevat puolestaan yleisen lainkäytön puolella.¹⁷³

4.2.2 Hallintosopimus

Oikeudenalajaottelun harhaanjohtavuuden vuoksi sopimuskäsitteistöön on haluttu saada erillinen sopimusten ominaispiirteitä ja erityisluonnetta hahmottava käsite, josta ei voida tehdä tiukkoja johtopäätöksiä sovellettavasta oikeudesta ja oikeusvaikutuksista. Kyseinen käsite on hallintosopimus.¹⁷⁴ Hallintolaissa on seuraava säännös hallintosopimuksista:

3 § Soveltaminen hallintosopimukseen

Tätä lakia sovellettaessa hallintosopimuksella tarkoitetaan viranomaisen toimivaltaan kuuluvaa sopimusta julkisen hallintotehtävän hoitamisesta tai sopimusta, joka liittyy julkisen vallan käyttöön.

Hallintosopimusta tehtäessä on noudatettava hyvän hallinnon perusteita ja riittävällä tavalla turvattava niiden henkilöiden oikeudet sopimuksen valmistelussa sekä mahdollisuudet vaikuttaa sopimuksen sisältöön, joita sovittava asia koskee.

¹⁷⁰ Mäenpää 1989, 37 ja 85.

¹⁷¹ Mäenpää 1989, 82–87.

¹⁷² Mäkinen 2001, 11.

¹⁷³ Mäkinen 2000, 103 ja 2001, 9.

¹⁷⁴ Mäkinen 2001, 8.

Säännöksen määritelmää hallintosopimuksesta ei ole tarkoitettu hallintosopimuksia koskevaksi yleismääritelmäksi, vaan se vain ilmaisee hallintolain soveltamisalan pykälän mukaisiin hallintosopimukseen¹⁷⁵. Mäenpää ja Mäkinen käyttävät hallintosopimuksen käsitettä kuvaten sillä kaikkia viranomaisen tekemiä sopimuksia. Hallintosopimus niin sanottuna kuvailevana käsitteenä ei ohjaa sopimuksen oikeusvaikutuksia eikä sillä oteta kantaa sopimuksen julkis- tai yksityisoikeudellisuuteen.¹⁷⁶

Julkisella hallintotehtävällä tarkoitetaan hallintolakia koskevan hallituksen esityksen mukaan toimintaa, johon liittyy yleisen edun toteuttamista tai muutoin julkisten palvelujen järjestämiselle luonteenomaisia piirteitä. Julkinen hallintotehtävä perustuu lailla tai lain nojalla annettuun julkiseen toimeksiantoon.¹⁷⁷ Hallintolain tarkoittama julkinen hallintotehtävä voidaan ymmärtää tässä tutkimuksessa edellä esitettyä hallintotehtävää laajemmaksi kokonaisuudeksi. Laissa tarkoitettuun julkisen hallintotehtävän hoitamiseen kuuluu myös palvelutehtävän toteutus.¹⁷⁸

Julkisiin hallintotehtäviin liittyy usein oikeus käyttää julkista valtaa. Julkisella vallankäytöllä tarkoitetaan hallituksen esityksen mukaan hallintopäätösten tekemistä sekä asian ratkaisemista välittömästi palvelevia valmistelu- ja täytäntöönpanotoimia. Julkisen vallan käyttämisestä on myös yksityisiin kohdistuvien käskyjen tai kieltojen antaminen.¹⁷⁹

Julkisen vallan käyttöä koskevaan sopimiseen on suhtauduttava varovaisesti. Peruslähdekohta on, että julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin. Hallintolain 3.1 §:n mukaan hallintosopimus voi koskea julkisen vallan käyttöä. Tämän voidaan ymmärtää tarkoittavan sitä, että julkista valtaa voidaan siirtää sopimuksella. Mäkinen toteaa, että mitä läheisempi yhteys sopimuksella on julkisen vallan käyttöön, sitä selvemmin sopimus vaatii nimenomaista laissa säädettyä sopimustoimivaltaa. Sopimisen rajoina on otettava huomioon lain asettamat kehykset ja viranomaisen harkintavallan rajoitusperiaatteet.¹⁸⁰ Mäenpään mukaan viranomaisen ei voi sitoutua julkisen vallan käyttöä koskeviin sopimuksiin. Sopimuksella ei voida velvoittaa viranomaista tietynsisältöisen hallintopäätöksen tekemiseen eikä julkisen vallan käyttö siten voi olla vaihdannan kohteena.¹⁸¹ Esimerkiksi maankäyttö- ja rakennuslain (132/1999) 91b §:n (muutettu lailla 222/2003) mukaisella

¹⁷⁵ HE 72/2002 vp, 54.

¹⁷⁶ Mäenpää 1989, 87 sekä Mäkinen 2000, 63–64 ja 2001, 8..

¹⁷⁷ HE 72/2002 vp, 52–53.

¹⁷⁸ Ks. tämä tutkimus luku 4.1.5.

¹⁷⁹ HE 72/2002 vp, 52–53. Ks. myös tässä tutkimuksessa luku 4.1.4.

¹⁸⁰ Mäkinen 2000, 104.

¹⁸¹ Mäenpää 2003, 17.

maankäyttösopimuksella voidaan pyrkiä määrittelemään myöhemmin kaavoituksesta tehtävän hallintopäätöksen sisältöä tai toteuttamistapaa. Sopimuksella ei kuitenkaan voida velvoittaa valtuustoa tekemään tietynlaista päätöstä, ja näin ollen sopimusta rajoittaa edelleen päätöksenteon lakisidonnaisuus.¹⁸²

Hallintolain 3.2 §:ssä hyvän hallinnon perusteilla ja oikeusturvalla viitataan perustuslain 21 §:ään, joka sisältää perussäännökset yksilön oikeudesta hyvään hallintoon ja oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin¹⁸³. Hallintosopimusta koskevat riita-asiat käsitellään hallintolain 66 §:n ja myös hallintolainkäyttölain 69.1 §:n (muutettu lailla 433/1999) mukaan hallinto-oikeudessa. Hallintolaki on kuitenkin toissijainen erityislakeihin nähden¹⁸⁴. Muun muassa julkisista hankinnoista annetussa laissa säännellään sen soveltamisalaan kuuluvia (hallinto)sopimuksia koskevien riita-asioiden käsitteystä toisin kuin hallintolaissa. Hankintasopimuksia koskevat riita-asiat käsitellään vanhan hankintalain 9 ja 12 §:n ja uuden hankintalain 76 ja 83 §:n mukaan markkinaoikeudessa ja jatkovalitukset tarvittaessa korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Sopimustoiminnan lisääntyessä viranomaisten hallintotoiminnassa on tärkeää huolehtia riittävästä oikeusturvajärjestelyistä ja hyvän hallinnon takeiden toteutumisesta. Tästä syystä viranomaisten sopimustoiminta aikanaan otettiin mukaan hallintolain soveltamisalan piiriin (3 §). Hallintosopimuksen käyttäminen viranomaistoiminnassa hallintopäätöksen sijaan edellyttää siihen nimenomaisesti oikeuttavaa säädösperustaa. Hallintolain säännös ei hallituksen esityksen mukaan ole siihen riittävä eikä se sellaisenaan anna toimivaltaa hallintosopimuksen tekemiseen.¹⁸⁵ Julkishallinnossa tehtävistä sopimuksista ei aina ole nimenomaisia säännöksiä laissa, mutta Mäkisen mukaan tällöinkin toimivaltaperuste voi laista löytyä. Tämä voidaan ilmaista laissa ”sovitaan” -käsitteellä tai sallimalla tehtävien hoito palveluja hankkimalla, joka edellyttää sopimuksen solmimista.¹⁸⁶ Esimerkiksi kuntalain 2.3 §:stä ilmenee jälkimmäisen kaltainen toimivaltaperusteen ilmaisu: ”Tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelujen tuottajilta.”

Hallintolain soveltamisalaan kuuluvia hallintosopimuksia katsotaan olevan muun muassa kuntien ja palveluntuottajien väliset ostopalvelusopimukset sosiaali-, terveys- ja kouluhallinnon aloilla sekä maankäyttö- ja rakennuslain mukaiset maankäyttösopimukset. Yksityisoikeudellisen sopi-

¹⁸² Mäenpää 2003, 138–139.

¹⁸³ HE 72/2002 vp, 47.

¹⁸⁴ HE 72/2002, 35.

¹⁸⁵ HE 72/2002 vp, 54.

¹⁸⁶ Mäkinen 2001, 38.

muksen tekemistä julkisyhteisön puolesta ei pidetä hallintolain soveltamisalaan kuuluvana hallintosopimuksena. Julkisyhteisö on tällöin sopimussuhteessa toisena osapuolena eikä julkisen vallan käyttäjän ominaisuudessa. Esimerkkeinä tyypillisistä yksityisoikeudellisista sopimuksista mainitaan hallituksen esityksessä muun muassa vuokra- ja työsopimus.¹⁸⁷

4.2.3 Sopimus rakenteellisessa yhteistyössä

Rakenteellista yhteistyötä toteutettaessa kunta tekee yksityisen sektorin toimijan kanssa sopimuksen yhteisen yhtiön perustamisesta. Sitä sopimusta ei voi korvata hallintopäätöksellä. Molemmilla osapuolilla on vapaus päättää solmiiko sopimuksen vai ei ja kenen kanssa sen solmii (sopimusvapauden periaate¹⁸⁸). Hallintopäätöksellä ei voida velvoittaa yksityistä sopimussuhteeseen yhteisyrityksen perustamiseksi. Rytkölä on todennut, että julkisoikeudellinen sopimus on voitava korvata hallintopäätöksellä¹⁸⁹. Näin ollen rakenteellisen yhteistyön puitteissa solmittavan yhtiön perustamissopimuksen ei siis voida katsoa olevan julkisoikeudellinen sopimus.

Hallintolain 3 §:n mukaan lain soveltamisalaan kuuluva hallintosopimus koskee julkisen hallintotehtävän hoitamista tai julkisen vallan käyttöä. Yhteisyrityksen perustamissopimus koskee nimenomaisesti yhtiön perustamista eikä kunnan hallintotehtävän hoitamista tai julkisen vallan käyttöä. Hallintotehtävän hoitamista koskeva palvelujen hankintasopimus (johon saattaa liittyä julkisen vallan käytöstä sopiminen) on tehtävä erikseen. Ainakin näin voidaan olettaa sen perusteella, että kunta ei voi suoraan myöntää oman kuntansa palvelutuotantoon oikeuttavaa sopimusta yhteisyritykselle¹⁹⁰. Mikäli yhteisyrityksen perustamista edeltää hankintalain mukainen hankintamenettely¹⁹¹, on asia eri. Tällöin ei tosin yhtiön perustamissopimustakaan voida pitää vain yhtiön perustamista koskevana, vaan siihen sisältyy myös sopiminen palvelujen tuotannosta.

Pelkkä perustamissopimus ei siis kuulu hallintolain soveltamisalaan. Sopimus voidaan kuitenkin Mäenpään ja Mäkisen käsityksen mukaisesti luokitella hallintolain soveltamisalan ulkopuoliseksi hallintosopimukseksi, mutta tämä ei ohjaa sopimuksen oikeusvaikutusten arvioinnissa. Sopimuksen sisällön mukaan sopimus voidaan luokitella yksityisoikeuden alaan kuuluvaksi. Mikäli perus-

¹⁸⁷ HE 72/2002 vp, 55. Vrt. kuitenkin Mäenpää 1989, 87 ja Mäkinen 2000, 63–64, joissa tekijät viittaavat hallintosopimuksella viranomaisten tekemiin sopimuksiin yleensä. Tämän kannalta on tärkeää erottaa hallintosopimus hallintolain tarkoittamassa mielessä ja hallintosopimus käsitteenä kuvaamassa kaikkia viranomaisten tekemiä sopimuksia.

¹⁸⁸ Saarnilehto 2005, 37. Sopimusvapaudesta viranomaistoiminnassa myös tässä tutkimuksessa luvussa 4.2.4.

¹⁸⁹ Rytkölä 1950, 24–25.

¹⁹⁰ Yhteisyritystä koskevista ns. sidosyksikköhankinnoista ks. tämä tutkimus luku 5.1.

¹⁹¹ Tässä tutkimuksessa hankintamenettelyn järjestämistä yhteisyrityksen perustamisen yhteydessä on käsitelty luku 3.2.1.

tamissopimuksella ohjattaisiin edes vähäisessä määrin yhtiön tulevia tehtäviä kunnan palvelutuo-
tannossa, pitäisi sen katsoa kuuluvan julkisoikeuden säännösten alaan. Pohdinnan lopputuloksena
on todettava, että sopimuksen oikeusvaikutuksia tulee tarkastella tapauskohtaisesti¹⁹². Epäselvissä
tilanteissa varmin ratkaisu on käsitellä riitatilanteet hallinto-oikeudellisissa tuomioistuimissa¹⁹³.

4.2.4 Sopimustoiminnan soveltuminen viranomaistoimintaan

Mäenpää pitää viranomaisen sopimustoimintaa sekä hallinto-oikeuden että sopimusoikeuden
yleisten oppien kannalta pääosin outona ja ei-tyypillisenä menettelynä¹⁹⁴. Yksityisoikeudellisessa
toiminnassa korostetaan pääasiassa sopimusvapautta, tasa-arvoa ja vastavuoroisuutta. Julkis-
hallinnolle ominaista puolestaan on perinteisesti ollut hallinnollisen sääntelyn yksipuolisuus, vel-
voittavuus ja hallinto-oikeudellisten suhteiden epäsymmetrisyys.¹⁹⁵

Milloin viranomainen esiintyy julkisen vallan kantajana, lain toimeenpanijana ja hallinnollisen
sääntelyn toteuttajana, ei sopimussuhteita viranomaisen ja toiminnan kohteen välillä ole yleensä
pidetty sallittuina. Mikäli kuitenkin halutaan solmia pätevä ja oikeudellisesti sitova hallinto-
sopimus (jolla voitaisiin korvata hallintopäätös), on sen Mäenpään mukaan perustuttava nimen-
omaiseen laintasoiseen toimivaltasäännökseen.¹⁹⁶ Sopimustoiminta on joka tapauksessa jossain
määrin jo vakiintunut julkiselle sektorille, ja siksi Mäenpää pitääkin yleistä sallittavuutta tärkeäm-
pänä sopimustoimintaa rajoittavien muodollisten ja sisällöllisten seikkojen selvittämistä.¹⁹⁷

Julkisyhteisön toimiessa selkeästi yksityisoikeudellisella alueella, esimerkiksi tarvikkeiden osta-
jana, sen toimintaa voidaan arvioida yksityisoikeuden periaatteiden kannalta. Sopimusvapautta
pidetään yksityisoikeuden peruspilarina ja koko järjestelmän perustana¹⁹⁸. Sopimusvapautteen voi-
daan sisällyttää muu muassa seuraavat seikat:

- päättäntävapaus eli vapaus tehdä ja olla tekemättä sopimuksia
- valintavapaus eli vapaus valita sopimuskumppaninsa
- sisältövapaus eli vapaus määrätä itse, minkälaisin ehdoin sopimus tehdään
- muotovapaus eli vapaus itse määrätä, missä muodossa tai järjestyksessä sopimus tehdään

¹⁹² Näin myös Mäenpää 2003, 137.

¹⁹³ Mäkinen 2000, 103.

¹⁹⁴ Mäenpää 1989, 1.

¹⁹⁵ Mäenpää 1989, 5.

¹⁹⁶ Mäenpää 1989, 109 ja HE 72/2002 vp, 54.

¹⁹⁷ Mäenpää 1989, 114.

¹⁹⁸ Mäkinen 2000, 54.

- tyyppivapaus eli vapaus valita tehtävän sopimuksen tyyppi
- purkamisvapaus eli vapaus laillisin keinoin vetäytyä sopimussuhteesta ja olla jatkamatta sitä
- vapaus sopia noudatettavasta laista ja riitojen ratkaisemisesta.¹⁹⁹

Viranomaistehtävien hoitamisessa ei kuitenkaan yksityisoikeudelle keskeistä sopimusvapauden periaatetta voida pitää lähtökohtana. Päättäntä- ja sisältövapautta ei voida soveltaa lakisääteisten viranomaistehtävien hoitamiseen. Sopimusvapauden rajoitukset viranomaistoiminnassa eivät kuitenkaan tarkoita sopimisen kieltoa, vaan toisenlaista tarkastelunäkökulmaa. Lähtökohtana on tällöin oltava viranomaisen toimivalta ja tehtävien sisältö. Arviointiin vaikuttavat muun muassa julkisoikeuden alan säännökset ja perusoikeudet, jotka ensisijassa määrittävät sopimisen rajat.²⁰⁰

Viranomaisen sopimusvapautta rajoittaa pääasiassa hallinnon lakisidonnaisuus. Sopimuksella ei voida poiketa laista.²⁰¹ Mäenpää kuitenkin toteaa, että hallinnon lainalaisuusperiaate vaatii toiminnan perustamista lakiin oikeastaan vain silloin, kun viranomainen julkista valtaa käyttäessään puuttuu välittömästi yksilön oikeusasemaan. Näin ollen periaatteen asettamat vaatimukset eivät ole esteenä sopimukselle, joka ei vaikuta välittömästi yksilön oikeusasemaan. Etenkin palvelujen jakamista koskevan toiminnan (joka ei sisällä julkisen vallan käyttöä) perusteista voidaan määrätä sopimuksella, ellei toisin nimenomaan laissa säädetä.²⁰²

4.3 Sopimusmenettelyn muodolliset edellytykset kunnassa

4.3.1 Valtuusto kunnan ylin päätösvallan käyttäjä

Hallintoviranomaisen sopimusmenettely voidaan jakaa kahteen erilaiseen vaiheeseen – sopimusta koskevan päätöksen teko ja itse sopimuksen solmiminen. Ensimmäisessä vaiheessa ennen sopimuksen tekemistä on pääsääntöisesti tehtävä päätös sopimuksen solmimisesta (tai sopimuksen muuttamisen tai irtisanomisen ollessa kyseessä päätös siitä). Itse sopimuksen solmiminen on yksityisoikeudellisten säännösten sääntelemä oikeustoimi. Sopimuksen solmimista ei Mäenpään mukaan voida lukea hallintopäätökseksi, koska sopimus ei ole yksipuolinen, kuten hallintopäätöksen yleensä katsotaan olevan.²⁰³

¹⁹⁹ Saarnilehto 2005, 37.

²⁰⁰ Mäkinen 2000, 102–103. Sopimusvapaudesta viranomaisten sopimustoiminnassa ks. tarkemmin Mäkinen 2000, 54 ss.

²⁰¹ Mäenpää 2003, 139.

²⁰² Mäenpää 1989, 147–148 ja Mäkinen 2000, 85–86.

²⁰³ Mäenpää 1989, 104 ja HE 72/2002 vp, 54–55. Päätöksenteon ja oikeustoimen suorittamisen erottamisesta sopimus-toiminnassa ks. myös Hannus – Hallberg 2000, 199 ja Harjula – Prättälä 2001, 187.

Ennen sopimuksen tekoa on tehtävä päätös sopimuksen solmimisesta, mutta kenen toimivaltaan rakenteellista yhteistyötä koskevan päätöksen tekeminen kuuluu? Kuntalain 1.2 §:n mukaan valtuusto on kunnan ylin toimielin ja kunnan päätösvallan käyttäjä. Keskeinen päätösvaltaa käyttävä elin on myös kunnanhallitus. Päätösvaltaa voidaan johtosäännöllä myös delegoida alemmille toimielimille, luottamushenkilöille tai viranomaisille.

Kuntalaki on peruslaki, joka sääntelee kunnan toimielinten tehtäviä. Kuntalain 13 §:ssä säädetään kunnanvaltuuston tehtävistä:

13 § Valtuuston tehtävät

Valtuusto vastaa kunnan toiminnasta ja taloudesta.

Valtuuston tulee:

- 1) päättää toiminnan ja talouden keskeisistä tavoitteista;
- 2) päättää hallinnon järjestämisen perusteista;
- 3) päättää talouden ja rahoituksen perusteista sekä hyväksyä talousarvio;
- 4) päättää kunnan palveluista ja muista suoritteista perittävien maksujen yleisistä perusteista;
- 5) päättää kunnan liikelaitokselle asetettavista toiminnallisista ja taloudellisista tavoitteista;
- 6) päättää takaussitoumuksen tai muun vakuuden antamisesta toisen velasta;
- 7) valita jäsenet kunnan toimielimiin, jollei jäljempänä toisin säädetä;
- 8) päättää luottamushenkilöiden taloudellisten etuuskien perusteista;
- 9) valita tilintarkastajat;
- 10) hyväksyä tilinpäätös ja päättää vastuuvapaudesta; sekä
- 11) päättää muista valtuuston päätettäviksi säädetyistä ja määrätyistä asioista.

Valtuustolla on vahva asema kunnan päätöksenteossa ja kokonaisvastuu kunnan toiminnasta ja taloudesta. Valtuusto vastaa strategisesta päätöksenteosta ja koko kuntakonsernin tavoitteiden asettamisesta, toiminnan ja talouden tasapainosta sekä toiminnan arvioinnista ja seurannan järjestämisestä. Valtuusto tekee päätökset kaikissa kuntalaissa mainituissa kunnan kannalta tärkeissä asioissa.²⁰⁴ 13.2 §:n 2 kohta, jonka mukaan valtuuston on päätettävä hallinnon perusteista, on keskeinen rakenteellisen yhteistyön ja yhtiön perustamisen kannalta. Harjula ja Prättälä katsovat, että myös kunnan tehtävien hoitotapa on hallinnon järjestämisen perusteita. Sen osalta on päätettävä, hoitaako kunta tehtäviä omassa organisaatiossaan, harjoitetaanko jotain toimintaa kunnallisen

²⁰⁴ Harjula – Prättälä 2001, 143.

liikelaitoksen muodossa tai perustetaanko kenties jonkin toiminnan hoitamiseen osakeyhtiö.²⁰⁵ Tämän perusteella on katsottava, että yhteisyrityksen perustamista koskeva päätös kuuluisi valtuuston toimivaltaan.

Kuntalain 14 §:ssä säädetään, että valtuusto voi johtosäännössä siirtää toimivaltaansa kunnan muille toimielimille sekä luottamushenkilöille ja viranhaltijoille. Toimivaltaa ei kuitenkaan saa siirtää asioissa, jotka nimenomaan on lailla säädetty valtuuston päätettäväksi. Hannuksen ja Hallbergin mukaan toimivallan siirtämiskielto ei merkitse sitä, ettei yksityiskohtaisempien määräysten antamista voitaisi jättää muulle toimielimelle. Esimerkiksi hallinnon perusteista on valtuuston päätettävä, mutta yksityiskohtaisempi päätöksenteko voitaisiin kuitenkin siirtää.²⁰⁶ Harjula ja Prättälä kuitenkin toteavat, että valtuuston päätöksenteko hallinnon perusteista ei voi olla niin yleisluontoinen, että tosiasiallisesti kunnan päätösvalta kuuluisi alemmille toimielimille²⁰⁷. Samoin Hannus ja Hallberg muistuttavat, että on asioita ja tilanteita, joissa valtuuston on päätettävä asiasta, mikäli asian tärkeys tätä vaatii²⁰⁸. Siitä, kuuluuko yhtiön perustamisesta päättäminen valtuuston tehtäviin, ei ole nimenomaista säännöstä. Harjulan ja Prättälän mukaan se kuitenkin sisältyy valtuuston tehtäväksi säädettyyn kunnan hallinnon perusteista päättämiseen. Näin ollen yhtiön perustamista koskevaa asiaa ei voida siirtää johtosäännössä jonkun muun päätettäväksi. Yhtiön perustamista voidaan myös pitää hyvin merkittävänä kunnan kannalta, että se joskin takia kuuluisi valtuuston päätettäväksi.

4.3.2 Kunnanhallituksen rooli sopimustoiminnassa

Kuntalain 13 ja 14 §:n perusteella voidaan tulla siis siihen tulokseen, että valtuuston on tehtävä yhteisyrityksen perustamista koskeva päätös. Kuitenkin myös kunnanhallitus on merkittävä kunnan päätösvaltan käyttäjä, joten on syytä tarkastella kuntalain kunnanhallitusta koskevaa säännöstä. Kuntalain 23.1 §:ssä säädetään kunnanhallituksen tehtävistä ja oikeudesta edustaa kuntaa. Pykälästä ilmenee myös kunnan oikeus siirtää johtosäännöllä edustus- ja puhevallankäyttöoikeutta muillekin kunnan viranomaisille.

²⁰⁵ Harjula – Prättälä 2001, 145.

²⁰⁶ Hannus – Hallberg 2000, 162.

²⁰⁷ Harjula – Prättälä 2001, 153.

²⁰⁸ Hannus – Hallberg 2000, 163 ja 199.

23 § Kunnanhallitus

Kunnanhallitus vastaa kunnan hallinnosta ja taloudenhoidosta sekä valtuuston päätösten valmistelusta, täytäntöönpanosta ja laillisuuden valvonnasta. Kunnanhallitus valvoo kunnan etua ja, jollei johtosäännössä toisin määrätä, edustaa kuntaa ja käyttää sen puhevaltaa.

Kunnan edustamiseen ja puhevallan käyttämiseen sisältyy kunnanhallituksen oikeus tehdä kunnan puolesta sopimuksia ja muita oikeustoimia²⁰⁹. Hannuksen ja Hallbergin mukaan pääsääntö on, että kunnanhallitus sekä päättää oikeustoimen tekemisestä että käytännössä tekee sen. Kaikki kunnan kannalta merkittävät ja tärkeät asiat kuuluvat kuitenkin aina valtuuston päätettäväksi. Tarkemmin siitä, miten sopimuksen teko tapahtuu (esimerkiksi kuka allekirjoittaa sopimusasiakirjan), voidaan määrätä kunnan hallintosäännössä.²¹⁰ Kunnan viranhaltijalla tai työntekijällä voi myös asemansa perusteella olla oikeus edustaa kuntaa ja tehdä kunnan puolesta sopimuksia. Tässä ei kuitenkaan oletettavasti tarkoiteta yhtä merkittävän sopimuksen tekemistä, kuin mitä yhtiön perustamista koskeva sopimus on. Ennemminkin kyseeseen tulevat esimerkiksi viranhaltijoiden usein tekemät hankintasopimukset yksityisen kanssa.²¹¹

Myös kunnanjohtajalla on kuntalain 24.3 §:n mukaan oikeus käyttää kunnan puhevaltaa kunnanhallituksen puolesta. Harjulan ja Prättälän mukaan kyseinen puhevallan käyttäminen tarkoittaa yleensä esiintymistä kunnan nimissä ja puolesta eri viranomaisissa ja tilaisuuksissa. Mikäli kunnanjohtaja joutuisi päättämään kuntaa sitovasta asiasta, on hänen tapauskohtaisesti harkittava, pitääkö asia kunnan kannan selvittämiseksi käsitellä ensin kunnanhallituksessa.²¹² Heuru muistuttaa, että mikäli kuntaa edustettaessa tai sen puhevaltaa käytettäessä sitoudutaan kunnan nimissä johonkin, on siihen oltava nimenomainen toimivalta. Tämä koskee myös kunnanhallitusta.²¹³

Kunnanhallituksella on merkittävä rooli kunnan edustajana ja sen myötä kunnan sopimus-toiminnassa. Yhteisyrityksen perustaminen on ymmärrettävä niin merkittäväksi kuntaa sitovaksi päätökseksi, että kunnan ylintä päätösvaltaa käyttävän toimielimen, valtuuston olisi se tehtävä. Allekirjoitettu sopimus kuitenkin sitoo kuntaa, vaikka sopimuksen tekijä ei olisi ollutkaan toimivaltainen. Jos sopimuskumppani on vilpittömässä mielessä²¹⁴, kunta ei useinkaan voi vedota omassa päätöksenteossaan tapahtuneisiin virheisiin. Esimerkiksi vetoaminen toimivallan ylittämi-

²⁰⁹ Harjula – Prättälä 2001, 185 ja Hannus – Hallberg 2000, 199.

²¹⁰ Hannus – Hallberg 2000, 199.

²¹¹ Harjula – Prättälä 2001, 187.

²¹² Harjula – Prättälä 2001, 195 ja Hannus – Hallberg 2000, 196.

²¹³ Heuru 2001, 180.

²¹⁴ Saarnilehto 2005, 20: Vilpittömä mieli tarkoittaa, ettei henkilö tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää jostain seikasta.

seen ei yleensä ole pätevä vilpittömässä mielessä olevaa sopimuskumppania vastaan. Vilpittömän mielen suoja on tosin arvioitava tilannekohtaisesti. Sopimusosapuolen selvittämisvastuu korostuu sitä enemmän, mitä merkittävämmästä sopimuksesta on kysymys ja mitä alempana hallintohierarkiassa oleva viranomainen on sopimuksen tekijänä.²¹⁵ Valtuuston rooli merkittäviä asioita koskevassa päätöksenteossa on tärkeä kunnallisen demokratiainkin kannalta, sillä kunnan asukkaat ovat kattavammin edustetut valtuustossa kuin hallituksessa. Lisäksi Harjulan ja Prättälän, Hannuksen ja Hallbergin sekä Heurun kommentit kunnanhallituksen ja kunnanjohtajan toimivallasta sopimuksenteossa vahvistavat edellä todettua asiaa, että valtuuston on tehtävä yhteisyrityksen perustamista koskeva päätös.

²¹⁵ Harjula – Prättälä 2001, 187 ja Mäenpää 1989, 239–241.

5 Rakenteellinen yhteistyö palvelutuotannossa

5.1 Kuntien hankinnat sidosyksiköltä

5.1.1 Sidosyksikköhankintoja koskeva sääntelytilanne

Voimassa olevassa Euroopan yhteisöjen hankintalainsäädännössä ei ole nimenomaisia säännöksiä mahdollisuudesta tehdä kilpailuttamatta hankintoja yksiköltä, joka on sidossuhteessa hankintayksikköön. Tällaista yksikköä kutsutaan sidosyksiköksi, jolla tarkoitetaan EY-tuomioistuimen mukaan itsenäistä oikeushenkilöä, jota paikallisviranomaisen valvoo samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joka harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa²¹⁶. Vanhassa hankintalaisakaan ei ole säännöksiä kunnan hankinnoista sen omalta sidosyksiköltä. On kuitenkin tarpeellista saada selkeät säännökset siitä, milloin kunta voi tehdä omaan organisaatioonsa kuuluvalta yksiköltä hankintoja suoraan ja milloin ei.

Suomen hankintalainsäädäntöä on juuri uudistettu uudella hankintalailla ja erityisalojen hankintalailla. Näillä laeilla saatetaan kansallisesti voimaan vuonna 2004 uudistetut Euroopan yhteisöjen hankintadirektiivit. Hallituksen uusia hankintalakeja koskevan esityksen mukaan sääntelyn puute on aiheuttanut epävarmuutta palvelutuotantoa koskevien yhteistyö- ja yhtiöjärjestelyjen ja muiden rakenteellisten ratkaisujen tekemisessä. EY-tuomioistuin on antanut tuomioita ja ennakkoratkaisuja sidosyksikköhankintoja koskeviin kysymyksiin, ja tuomioistuimessa on parhaillaankin vireillä useampia aihetta koskevia tapauksia. Tuomioistuimen ennakkoratkaisut ovat tällä hetkellä ainoa yhteisön oikeuslähde kyseisessä asiassa. Vaikka sidosyksikköhankintoja koskeva yhteisön lainsäädäntö ja oikeuskäytäntö on vielä kehitysvaiheessa, on nähty tarpeelliseksi sisällyttää uuteen hankintalakiin yhteisön tuomioistuimen siihen mennessä annetuista ennakkoratkaisuista ilmenevät oikeusohjeet.²¹⁷

Yksityisen sektorin toimijoita on nykyisin yhä enemmän mukana kunnallisissa yhtiöissä ja toisaalta kuntien välinen yhteistyö on lisääntymässä. Tämä kehityssuunta lisää tarvetta selvittää sidosyksikköhankintoja lain tasolla. Sidosyksikköä koskevien säännösten tarpeellisuus voidaan nähdä myös yksityissektorin toimijoiden näkökulmasta. On yritysten oikeusturvan kannalta tärkeää säännellä tarkasti, milloin kunnan on järjestettävä julkinen tarjouskilpailu palveluhankinnoistaan. Hankintalainsäädäntö edellyttää kaikkien yhdenvertaista ja syrjimätöntä kohtelua.

²¹⁶ Asia C-107/1998, kohta 50, Kok. 1999–11, I-8121.

²¹⁷ HE 50/2006 vp, 16.

Lainsäädännön puutteiden aiheuttamat ongelmat sidosyksikköhankintojen kohdalla eivät esiinny vain meillä Suomessa, vaan myös Ruotsissa ollaan sitä mieltä, että hankintalainsäädäntöä tulisi täsmentää. Ruotsin julkisten hankintojen lautakunta NOU (Nämnden för offentlig upphandling) on antanut kansallista hankintalainsäädäntöä ja kuntien välistä yhteistyötä koskevan raportin vuoden 2007 alussa. Raportissa on selvitetty kuntien erilaisia yhteistyömuotoja ja voimassa olevan kansallisen hankintalainsäädännön vaikutuksia näihin. Raportissa todetaan, että tarvitaan oikeudellinen selvitys niistä poikkeustapauksista, joissa hankintalainsäädäntö ei tulisi sovellettavaksi kuntien välisessä yhteistyössä. Raportissa on esitelty myös kunnan omalta yhtiöltään tekemiä hankintoja koskevia EY-tuomioistuinratkaisuja sekä niistä ilmeneviä julkisia hankintoja säänteleviä oikeusohjeita. Keskeisimmät NOU:n esittelemistä tuomioistuinratkaisuksista ovat samat, jotka myös tässä tutkimuksessa käsitellään tarkemmin. Näiden lisäksi NOU:n raportissa esitellään näiden tulkintoja tukevia tuomioistuinratkaisuja lähes 20 viime vuoden ajalta.²¹⁸

EY-tuomioistuinten tapausten määrä²¹⁹ on omiaan kertomaan EY-lainsäädännön puutteellisuudesta. Kansallinen hankintasääntely perustuu EY-direktiiveihin, ja mikäli sillä tasolla ei ole riittävän tarkkoja säännöksiä, ei niitä oletettavasti usein ole kansalliseen lakiin säädetty. Tästä seuraa riitatilanteita kilpailuttamisprosesseissa, ja koska kansalliset tuomioistuimet eivät voi ratkaista asioita oman puutteellisen lainsäädäntönsä perusteella, viedään asiat EY-tuomioistuimeen. EY-tuomioistuin sitten antaa uusia oikeusohjeita, joita ei vielä ole yhteisön direktiiveissä. Suomessa tilanne saattaa muotoutua jonkin verran paremmaksi, koska uuteen hankintalakiin on otettu tuomioistuinratkaisujen oikeusohjeet. Euroopan yhteisöjen tasolla tarvitaan kuitenkin edelleen yhtenäistä lainsäädäntöä, joka koskee kaikkia jäsenmaita.

5.1.2 Kunnan ja yhtiön välinen sidossuhde

Uuden hankintalain 10 §:ssä on säännös sidosyksikköhankinnoista. Pykälässä suljetaan pois hankintalain soveltamisalasta hankinnat, jotka hankintayksikkö tekee siihen sidossuhteessa olevalta yksiköltä.

10 § Hankinnat hankintayksikön sidosyksiköltä

Tätä lakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikko-

²¹⁸ Nämnden för offentlig upphandling 2007, 1–2. Tuomioistuinratkaisuesittelyistä ks. s. 19–38.

²¹⁹ NOU:n raportissa esitelty 13 tapausta, joihin EY-tuomioistuin on antanut ratkaisunsa vuosien 1989 ja 2007 välillä.

jaan ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.

Säännös määrittelee sidosyksikön olevan hankintayksiköstä muodollisesti erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö, joka kuitenkin toimii yhdessä hankintayksikön kanssa ja jossa hankintayksiköllä on valvonta- ja määräysvaltaa. Hankintayksiköstä erilliseltä yksiköltä tehtävät hankinnat on pääsäännön mukaan kilpailutettava, mutta sidossuhteen edellytykset täytettyään siltä voidaan tehdä hankinnat myös suoraan. Nämä sidosyksiköltä tehtävien suorien hankintojen edellyttämää sidossuhdetta määrittävät säännökset on kirjattu 10 §:ään: 1) hankintayksikön sidosyksikköön kohdistuva valvonta ja 2) sidosyksikön toiminnan suuntautuminen hankintayksikköön.

Pykälän oikeuslähteenä on EY-tuomioistuimen ratkaisu C-107/1998²²⁰, niin sanottu Teckal-tapaus, jossa on käsitelty sidossuhteen sisältöä.

Italian kansallinen tuomioistuin pyysi ennakkoratkaisua EY-tuomioistuimelta käsittelyssään olleeseen julkisia hankintoja koskevaan riita-asiaan. Lämmityspalvelujen alalla toimiva yksityinen yritys Teckal Srl oli riitauttanut italialaisen Vianon kunnan ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Emilia -nimisen kuntayhtymän välisen sopimuksen. Vianon kunnanvaltuusto oli antanut sopimuksella ilman tarjouskilpailua AGAC:n tehtäväksi hallinnoida tiettyjä kunnan rakennusten lämmityspalveluja ja toimittaa polttoainetta. Kuntayhtymä oli oikeushenkilö ja liikkeenjohdollisesti itsenäinen.

EY-tuomioistuin sovelsi tapaukseen tavarahankintoja koskevaa direktiiviä, koska sopimuksessa tavarahankinnan arvo oli suurempi kuin palveluhankinnan arvo. Tuomioistuin ratkaisi ennakkoratkaisupyynnön toteamalla hankintadirektiiviä sovellettavan silloin, kun hankintaviranomainen aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa rahallista vastiketta vastaan kirjallisen sopimuksen tavaroiden hankinnasta. Sillä ei ole merkitystä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen. Toisin voisi olla ainoastaan silloin, kun hankintaviranomainen valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja kun tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.

Kansallisen tuomioistuimen selvitettäväksi jäi, oliko kyseessä kahden erillisen yksikön välinen sopimus ja toteutuivatko valvontaa ja toiminnan harjoittamista koskevat edellytykset.

Yhteisön tuomioistuin lausui ratkaisussaan kilpailuttamista koskevan perussäännön. Sen mukaan julkisten hankintojen direktiiviä on sovellettava eli hankinnat on kilpailutettava silloin, kun kyseessä on hankintasopimus hankintaviranomaisesta muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa. Ratkaisun perusteluissa tuomioistuin kuitenkin ilmaisee poikkeuksen tästä säännöstä. Hankinnat muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä voidaan tehdä kilpailuttamatta, jos hankintaviranomainen valvoo kyseistä yksikköä

²²⁰ Asia C-107/1998, Kok. 1999–11, I-8121.

samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.²²¹

Kunnan sidosyksiköltään tekemiä hankintoja ja niiden lainmukaisuutta arvioitaessa on siis tärkeintä selvittää, mikä on kunnan ja sen sidosyksikön välinen suhde. Kun selvitetään, onko kunnan hankinnat kilpailutettava vai ei, on ratkaiseva merkitys ensin Teckal-tapauksen mukaisesti annettava yksiköiden oikeudelliselle erillisyydelle sekä päätöksenteon itsenäisyydelle. Näiden edellytysten toteuduttua hankinnat on pääsääntöisesti kilpailutettava.

Kun pyritään tulkitsemaan sidosyksikön muodollista erillisyyttä, voidaan hallituksen esityksen mukaan ottaa huomioon esimerkiksi oikeushenkilöyteen liittyvien tunnusmerkkien täytyminen. Samaan oikeushenkilöön kuuluvia yksiköitä ei katsota muodollisesti erillisiksi ja päätöksenteon kannalta itsenäisiksi, ja ne saavat tehdä toisiltaan hankintoja suoraan. Kunta on itsenäinen oikeushenkilö ja sen organisaatioon kuuluvien osastojen, liikelaitosten tai muiden yksiköiden toimeksiantojen ei siis tällä perusteella katsota kuuluvan kilpailuttamisveloitteen piiriin. Kuntien yhtiöt sen sijaan ovat muodollisesti erillisiä omistajistaan. Mikäli yhtiöltä halutaan tehdä hankintoja suoraan, tulee niiden edellyttämää kunnan ja yhtiön välistä sidossuhdetta arvioida kunnan valvontavaltaa ja sidosyksikön toiminnan kohdistumista koskevien edellytysten perusteella.²²²

Korkein hallinto-oikeus on vuonna 2006 antanut tuomion kuntien yhteistoimintaa ja julkisia hankintoja koskevaan tapaukseen, KHO:2006:61, jossa piti ratkaista oliko sidosyksikkö kunnasta erillinen vai ei.

Tapaus koski sopimusta, jolla Porvoon kaupungin sosiaali- ja terveyskeskus tilasi Itä-Uudenmaan pelastuslaitokselta ensihoitopalvelun. Kaupunki oli alueen kuntien kanssa yhteistoimintasopimuksella perustanut pelastuslaitoksen ja ylläpiti sitä itse saman sopimuksen nojalla. palvelun tilaamisen osalta kyseessä oli korkeimman hallinto-oikeuden mukaan kirjallinen sopimus, jolla oli taloudellista arvoa ja joka koski palvelun ostamista eli hankintasopimus. Kun kuitenkin otettiin huomioon pelastuslaitoksen asema kaupungin alaisuudessa ja valvonnassa, kyse ei ollut kahden muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön välisestä palveluhankinnasta vaan kaupungin oman organisaation sisällä toteutetusta palvelusta. Näin ollen kaupungin ja pelastuslaitoksen välisessä sopimuksessa ei ollut kysymys hankintalain mukaisesta kilpailutettavasta hankinnasta.

²²¹ HE 50/2006 vp, 61. Ks. myös Asia C-107/1998, kohta 50, Kok. 1999–11, I-8121.

²²² HE 50/2006 vp, 61.

Vastaavasti korkein hallinto-oikeus on vuonna 2004 Hangon kaupungin ja Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen välisen sopimuksen kilpailuttamista koskevassa ratkaisussaan, KHO:2004:102, linjannut sidosyksikön muodollista erillisyyttä hankintayksiköstä.

Hangon kaupunki aikoi hankkia Länsi-Uudenmaan pelastuslaitokselta sairaankuljetuspalveluja. Pelastuslaitos oli perustettu useiden kuntien välisellä yhteistoimintasopimuksella, ja pelastuslaitoksen hallinto rakentui Espoon kaupungin sisäisen hallinnon varaan. Pelastuslaitosta ei perustettu sairaankuljetustoimintaa varten eivätkä pelastuslaitoksen toimintaa säätelevät lait eikä yhteistyösopimukseen velvoittanut pelastusalueen kuntia yhteistoimintaan nimenomaan sairaankuljetuspalvelujen järjestämisessä. Sairaan kuljetuspalvelujen katsottiin siten jäävän yhteistoiminnan ulkopuolelle, joten ne kuuluivat Espoon hallintoon. Yhteistyösopimuksesta huolimatta pelastuslaitos oli sairaankuljetustoiminnan osalta Hangon kaupungista muodollisesti erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö, jolta Hangon kaupunki olisi hankkinut rahallista vastiketta vastaan yhteistoimintasopimuksen ulkopuolelle jääviä sairaankuljetuspalveluja. Näin ollen Hangon kaupungin ja Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen välisessä sopimuksessa oli kysymys julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitettua hankinnasta, joka olisi pitänyt kilpailuttaa.

Korkein hallinto-oikeus on molemmissa tuomioissaan käyttänyt oikeuslähteenä EY-tuomioistuimen Teckal-ratkaisua, joka on myös uuden hankintalain sidosyksikkösäännöksen perusta. Samanlaisiin ratkaisuihin tultaisiin siis myös uuden hankintalain 10 §:n perusteella.

5.1.3 Yhteisomistajuus, valvonta ja toiminnan suuntautuminen

Uuden hankintalain 10 §:n perusteella kunta voi tehdä siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä hankintoja kilpailuttamatta silloin, kun kunnan sidosyksikköön suuntautuva valvonta vastaa kunnan omien toimipaikkojen valvontaa (vastaava valvontavalta). Tämän on katsottu olevan mahdollista ainakin silloin, kun kunta omistaa sidosyksikön kokonaan, ja se on siten kunnan rajoittamattomassa määräysvallassa. Vastaavan päätös- ja valvontavallan on kohdistuttava suoraan sidosyksikön toimintaan, ja sen on oltava tosiasiallista ja ehdotonta.²²³

Yksityisen yrityksen mukaantulo omistusjärjestelyihin ja yhtiön toimintaan mutkistaa tilannetta. Käytännössä kunnan valvonta- ja päätösvalta ei todennäköisesti silloin enää voi olla täydellistä. Yhteisön lainsäädännössä tai oikeuskäytännössä ei kuitenkaan ole selkeästi ilmaistu, onko vastaava valvontavaltaa mahdollista toteuttaa silloin, kun kunta omistaa sidosyksikön vain osittain²²⁴. Jos valvontavaltaa on tällaisessa tilanteessa mahdollista toteuttaa, kuinka suuri osuus silloin on vähintään oltava julkisessa omistuksessa tai voidaanko sellaista yleispätevää määräystä edes antaa?

²²³ HE 50/2006 vp, 62.

²²⁴ HE 50/2006 vp, 62.

EY-tuomioistuimen ratkaisussa C-26/2003²²⁵, niin sanottu Stadt Halle -tapaus, käsitellään kysymystä yksityisen omistuksen merkityksestä.

Saksan kansallinen tuomioistuin pyysi EY-tuomioistuimelta ennakkoratkaisua käsiteltävänään olleeseen julkisen ja yksityisen sektorin sekaomistuksessa olevaan yhtiöön liittyvään riita-asiaan. Stadt Halle (saksalainen Hallen kaupunki) oli tehnyt ilman julkista tarjouspyyntömenettelyä jätteiden käsittelemistä koskevan palveluhankintasopimuksen osittain yksityisessä omistuksessa olevan RPL Recyclingpark Lochau GmbH -nimisen yhtiön kanssa. Hallen kaupunki omisti kyseisestä yhtiöstä suurimman osan, mutta noin 25 % siitä oli yksityisen yhtiön omistuksessa.

Ratkaisussaan tuomioistuin viittaa aikaisempaan ratkaisukäytäntönsä (asia Teckal). Hankintaviranomainen voi tehdä siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä hankintoja kilpailuttamatta vain, jos se valvoo kyseistä yksikköä, kuten omia toimipaikkojaan, ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa. Teckal-tapauksessa erillinen yksikkö oli täysin viranomaisten omistuksessa. Tässä tapauksessa kyseessä oli kuitenkin julkisen ja yksityisen sektorin sekaomistuksessa oleva yhtiö. Tuomioistuimen mukaan yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa myös kyseinen hankintaviranomainen on mukana, sulkee pois sen, että viranomainen voisi valvoa kyseistä yhtiötä samalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan.

Tuomioistuin ratkaisi ennakkoratkaisupyynnön toteamalla, että hankintamenettelyjä on sovellettava aina tilanteessa, jossa hankintaviranomainen aikoo tehdä hankintasopimuksen siitä oikeudellisesti erillisen yhtiön kanssa, jossa se on osakkaana yhden tai useamman yksityisen yrityksen kanssa.

Stadt Halle -ratkaisun mukaan siis yksityisen yrityksen ollessa osakkaana kunnan omistamassa yhtiössä ei kunta voisi valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan. Tuomioistuin perustelee tämän sillä, että hankintaviranomaisen ja sen omien toimipaikkojen välistä suhdetta sääntelevät yleisen edun tavoitteiden saavuttamiselle ominaiset seikat ja vaatimukset. Sitä vastoin yksityisen pääoman sijoittaminen yritykseen on yksityisille eduille ominaisten vaikuttimien mukaista, ja sillä pyritään luonteeltaan erilaisiin tavoitteisiin.²²⁶ Erona voi mainita muun muassa sen, että kunta ei tavoittele toiminnallaan taloudellista voittoa, päinvastoin kuin yksityinen yritys. Julkishallinnon tavoitteet eivät myöskään ole yhtä yksiselitteisiä kuin yksityisen sektorin toimijoilla. Tavoitteena voi olla esimerkiksi sosiaalisen hyvinvoinnin maksimointi, mitä on vaikea mitata. Lisäksi tavoite voi muuttua poliittisten päätösten seurauksena.²²⁷ Tuomioistuimen ratkaisun mukaan kunnan sidosyksikön yhteisomistajuus yksityisen kanssa merkitsee sitä, ettei kunta voi harjoittaa siihen edellä mainittua vastaavaa valvontavaltaa eikä kunta siten voi tehdä sidosyksiköltä hankintoja kilpailuttamatta. Jokainen tapaus on silti omistussuhteiden ja valvontavallan kannalta syytä tutkia erikseen.

²²⁵ Asia C-26/2003, Kok. 2005–1, I-1.

²²⁶ Asia C-26/2003, kohta 49–50, Kok. 2005–1, I-1.

²²⁷ Soppi – Volk 2006, 67–68.

Vastaavan valvontavallan lisäksi suorien hankintojen tekeminen kunnan sidosyksiköltä edellyttää sitä, että yksikön toiminta kohdistuu pääasiallisesti sen omistavaan hankintaviranomaiseen. Yhteisön oikeuskäytännössä kyseisen edellytyksen on katsottu tarkoittavan sitä, että omistavalla hankintaviranomaisella on lähes yksinoikeus sidosyksikön suorittamiin palveluihin, urakoihin tai tavarantuotantoon. Mikäli siis sidosyksikön toiminta kohdistuu merkittävässä määrin yksityisille markkinoille, siltä ei voida tehdä hankintoja kilpailuttamatta. Poikkeuksena voidaan pitää tilannetta, jossa tällaisen toiminnan osuus koko toiminnasta on hyvin pieni. Erityisalojen hankintalakiin (19.3 §) on otettu sääntö, jonka mukaan on riittävää, jos vähintään 80 prosenttia toiminnasta kohdistuu hankintaviranomaiseen, johon yksiköllä on sidossuhde. Lieventävä säännös on otettu mukaan erityisaloille, mutta ei muille viranomaisille suunnattuun yleiseen uuteen hankintalakiin, sillä sen ei ole katsottu ratkaisevan toiminnan pääasiallista kohdistumista koskevaa kysymystä viranomaissektorilla.²²⁸

Tutkimuksen alussa esitellyssä Jyväskylän ja Tieliikelaitoksen tapauksessa Jyväskylä ei olisi voinut tehdä suoria hankintoja yhteisyritykseltä juuri siksi, että kunnan ja yhtiön välinen sidossuhde ei täyttänyt toiminnan suuntautumisen velvoitetta. Jyväskylän ja Tieliikelaitoksen antaman selvityksen mukaan perustettavan yhteisyrityksen oli tarkoitus toimia välittömästi avoimilla markkinoilla. Toiminta ei silloin olisi pääosin suuntautunut siihen määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin.

5.1.4 Kuntien yhteistoiminta

Hallituksen esityksessä uudeksi hankintalaiksi ja muissa sen valmisteluasiakirjoissa on sidosyksikköhankintojen kohdalla pohdittu myös kuntien välistä yhteistyötä ja sitä, voidaanko yhteistoimintaan osallistuvien kuntien välistä suhdetta pitää suorien hankintojen edellyttämänä sidossuhteena. Tarkastelun kohteena on, millä perusteella palveluja suoritetaan yhdessä – toisin sanoen, voidaanko kuntien välistä yhteistoimintasopimusta pitää hankintasopimuksena. Hankintasopimuksella tarkoitetaan, kuten jo edellä on todettu, kirjallista sopimusta, joka on tehty hankintayksikön ja toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavarankäntä tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Esityksessä pohditaan myös, miten kunnat voivat valvoa toimintaa kuntien välisessä yhteistyössä.

Edellä esitellyn EY-tuomioistuimen Teckal-tuomion mukaan muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa tehtävät hankintasopimukset on kilpailutettava riippumatta

²²⁸ HE 50/2006 vp, 62.

siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen. Myös kahden erillisen hankintayksikön väliset hankinnat on siis kilpailutettava. Kunnat ovat itsenäisiä oikeushenkilöitä, joten niiden väliset hankintasopimukset kuuluvat hankintalainsäädännön velvoitteiden piiriin. Muina kuin hankintasopimuksina toteutettavat hankintayksiköiden yhteistyöjärjestelyt eivät kuitenkaan hallituksen esityksen mukaan kuuluisi hankintalain soveltamisalaan.²²⁹

Siten kuntalain 10 luvun mukainen kuntien yhteistoiminta ei olisi kilpailuttamisvelvoitteen alaista, ellei sitä toteuteta hankintasopimuksella. Kunnat voivat kuntalain 76.3 §:n mukaan sopia kunnalle tai sen viranomaiselle laissa säädetyn tehtävän antamisesta virkavastuulla toisen kunnan viranhaltijan tehtäväksi. Viranomaistoiminta ei talousvaliokunnan antaman hallituksen uutta hankintalakiehdotusta koskevan mietinnön (TaVM 26/2006 vp) mukaan ole hankintaa eikä uusi hankintalaki rajoittaisi kuntien yhteistyötä järjestettäessä virkavastuulla tapahtuvaa toimintaa.²³⁰

Julkisten, kilpailutettavien hankintojen ja kuntien välisen yhteistyön erona on talousvaliokunnan mietinnön mukaan pidetty muun muassa sitä, että yhteistoiminnassa sopimuksen sisältöä arvioidaan yhdessäjärjestämisen näkökulmasta eikä kaupallisesti. Yhteistoiminnaksi katsotussa yhteistyössä tyypillistä on sopimuksen pitkäkestoisuus, kustannusten keskinäinen jakaminen ja yhteisvastuullisuus palveluista hyötyvien kuntien kesken ilman voiton tavoittelua. Yhteistoimintana sen sijaan ei voida pitää yksittäistä hankintaa eikä sopimusta, jossa palvelun hinta määräytyy markkinaehtoisesti. Kuntien väliset sopimukset voivat kuitenkin olla myös kaupallisia, jolloin ne ovat kilpailutettavia hankintoja.²³¹

Hallintovaliokunnan lausunnon (HaVL 25/2006 vp) mukaan kuntien välisissä yhteistyösopimuksissa kustannukset jaetaan yhteisvastuullisesti todellisten kustannusten mukaan niin kuin sopimuksessa on mainittu. Kunnat maksavat käyttämistään palveluista esimerkiksi asukasluvun tai palvelujen käyttökertojen perusteella.²³² Yhteistoimintasopimuksessa kustannusten seuranta ja toiminnan valvonta voi tapahtua yhteisen toimielimen alaisuudessa tai siten, että palvelun suunnittelun, toteutuksen ja kustannusten seuranta tapahtuu vapaamuotoisempana yhteistoimintana²³³.

Talousvaliokunnan mukaan oikeuskäytännössä ei ole toistaiseksi otettu kantaa siihen, vaikuttaako hankintasopimuksen luonnehdintaan se, miten palvelusopimusta koskevat kustannukset jaetaan tai

²²⁹ HE 50/2006 vp, 62.

²³⁰ TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp, 7.

²³¹ TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp, 7–8.

²³² HaVL 25/2006 vp – HE 50/2006 vp, 6.

²³³ TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp, 8.

missä muodossa toiminnan valvonnan tulee tapahtua. Mietinnössä viitataan tässä tutkimuksessakin edellä esiteltyyn EY-tuomioistuimen Teckal-tapaukseen, jonka ratkaisutulkinnoissa on arvioitu ainoastaan määräysvaltaa sidosyksikköön tai myyntiä ulkopuolisille.²³⁴ Hallintovaliokunta kuitenkin on sitä mieltä, että edellä mainitun kaltainen kustannusvastuun ja kustannusten välitön suhde olisi perusteltua lukea sidosyksikköhankinnan kriteeriksi²³⁵.

Vanhassa hankintalaissa ei selkeästi säännellä, missä puitteissa on sallittua tehdä kilpailuttamatta hankintoja hankintayksikköön sidossuhteessa olevalta yksiköltä, joka kuuluu kuntien ja kuntayhtymien yhteistyö-, organisaatio- tai yhtiöjärjestelyihin. Uuden hankintalain sidosyksikköhankintoja koskeva 10 §:n säännös tuo osittain selkeyttä nykytilaan.²³⁶ Tilannetta ei kuitenkaan pidetä tyydyttävänä, ja se vaatii asian selvittämistä ja jatkotutkimusta. Hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävää kuntien yhteistoimintaa koskevien kriteerien tulisi olla tarkemmin määritellyt ja selkeästi laissa kaikkien tiedossa. EY-tuomioistuimessa on parhaillaan käsiteltävänä kuntien yhteistoimintaa ja suoramarkkinoita koskevia tapauksia ja tuomioista saatavien oikeusohjeiden tutkimukselle olisi selkeästi tarvetta.²³⁷

5.2 Hankintasopimusten siirtäminen yhteisyritykselle

Kunnat saattavat houkutellessa yksityisen sektorin toimijoita mukaan yhteisyritykseen tekemällä juuri ennen yhtiön perustamista hankintasopimuksia jonkin palveluntuottajan kanssa, mitkä sitten siirretään houkuttimena yhteisyritykselle. Toisaalta kunnat saattavat omia palveluhankintojaan ja niiden jatkuvuutta ajatellessaan tehdä sopimuksia juuri ennen yhtiön perustamista. Uudet sopimukset sitten siirretään perustettavalle yhtiölle, joka niiden perusteella tuottaa palveluja kunnalle.

Nämä menettelytavat ovat kuitenkin kyseenalaisia niiden laillisuuden osalta. Sopimusten siirtämiseen liittyviä selkeitä säännöksiä ei ole vanhassa hankintalaissa, eikä niitä ole säädetty uuteenkaan hankintalakiin. EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ilmenneet oikeusohjeet on sisällytetty uuteen hankintalakiin sidosyksikköhankintojen osalta lukuun ottamatta sopimusten siirtämiseen liittyviä ongelmakohtia. EY-tuomioistuin on kuitenkin ottanut kantaa sopimusten siirtämiseen muun muassa komission ja Itävallan valtion välistä kiistaa koskevassa tuomiossaan C-29/2004²³⁸, (niin

²³⁴ TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp, 8.

²³⁵ HaVL 25/2006 vp – HE 50/2006 vp, 6.

²³⁶ HaVL 25/2006 vp – HE 50/2006 vp, 5.

²³⁷ TaVM 26/2006 vp – HE 50/2006 vp, 8.

²³⁸ Asia C-29/2004 (ei vielä julkaistu oikeustapauskokoelmassa).

sanottu Mödling-tapaus). Komissio on esittänyt myös kantansa julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksia koskevassa vihreässä kirjassaan vuodelta 2004²³⁹.

Komissio nosti EY-tuomioistuimessa kanteen Itävallan valtiota vastaan. Komissio syytti Itävaltaa jäsenvelvoitteiden noudattamatta jättämisestä, koska se oli sallinut hankintalain vastaisen menettelyn. Itävaltalainen Mödlingin kaupunki oli perustanut yhtiön, jolle annettiin toistaiseksi voimassa olevalla sopimuksella tehtäväksi huolehtia kaupungin jätehuollosta. Kahden viikon kuluttua sopimuksen tekemisestä kaupunki luovutti 49 prosenttia omistamansa yhtiön osuuksista yksityiselle yhtiölle. Yhtiön varsinainen toiminta alkoi kuitenkin vasta osuuksien siirron jälkeen. Omistussuhteiden muutoksesta huolimatta yhtiön tehtävänä oli edelleen huolehtia yksinoikeudella kaupungin jätehuollosta.

Tuomioistuimen mukaan sidosyksikön osuuksien luovuttaminen yksityiselle pian hankintasopimuksen tekemisen jälkeen oli hankintadirektiivin vastaista. Tuomioistuin katsoi, että kaupunki oli tehnyt palveluja koskevan hankintasopimuksen keinotekoisin järjestelyin, joilla se oli yrittänyt kiertää kilpailuttamisvelvoitteen. Ratkaisua tuki se, että yhtiön operatiivinen toiminta alkoi vasta sen jälkeen, kun yksityinen yhtiö oli saanut osan sen osuuksista haltuunsa.

Tuomioistuin tuomitsi Itävallan toimineen yhteisön hankintalainsäädännön määräämien velvoitteidensa vastaisesti.

Tuomioistuimen antamassa ratkaisussa todettiin siis hankintadirektiivin vastaiseksi menettely, jossa hankintayksikkö oli tehnyt hankintasopimuksen sen kokonaan omistamalta yhtiöltä siten, että hyvin pian hankintasopimuksen tekemisen jälkeen sidosyksikön osuuksista 49 prosenttia myytiin yksityiselle yritykselle. Tuomioistuin painotti ratkaisussaan useiden erillisten vaiheiden tarkastelua ja niiden merkitystä eikä vain tapahtumien ajallista kulkua. Sopimuksen tekemisen ja osakkeiden siirron välinen lyhyt aika oli merkittävämpi seikka kuin se, että hankintasopimus oli tehty silloin, kun hankintayksikkö omisti yhtiön vielä kokonaan. Lisäksi ratkaisuun vaikutti se, että yhtiön varsinainen operatiivinen toiminta alkoi vasta sen jälkeen, kun yksityinen yritys omisti jo lähes puolet yhtiöstä. Tuomioistuin katsoi, että kaupunki oli tehnyt palveluja koskevan hankintasopimuksen turvautumalla keinotekoiseen järjestelyyn, jonka tarkoituksena oli kiertää kilpailuttamisvelvoite.

Yksityisen yrityksen ottaminen mukaan yhtiön omistajaksi aiheutti sen, ettei kaupungin ja yhtiön välillä ollut enää sellaista keskinäistä suhdetta, jota suoraan hankintojen tekeminen kilpailuttamatta olisi edellyttänyt. Kaupungilla ei osakkeiden luovutuksen jälkeen ollut yhtiöön nähden samanlaista valvontavaltaa kuin sillä oli omiin toimipaikkoihinsa nähden. Tuomioistuimen näkemyksen mukaan asiaa ei voida arvioida pelkästään niiden olosuhteiden perusteella, jotka vallitsivat hankintasopimuksen tekohetkellä, koska osakkeet siirrettiin niin pian sopimuksen tekemisestä.

²³⁹ Komissio 2004, 22 (ks. tämä tutkimus luku 3.2.2).

Lisäksi tuomioistuin muistuttaa, että hankintalainsäädännön päämäärän toteuttaminen – palvelujen vapaa liikkuvuus ja vääristymättömän kilpailun avaaminen – vaarantuisi, mikäli hankintaviranomaiset voisivat vapaasti turvautua järjestelyihin, joiden tarkoituksena on peitellä julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekemistä sekaomistuksessa olevien yhtiöiden kanssa. Tällaisella menettelyllä loukattaisiin myös Euroopan yhteisön perustamissopimukseen perustuvaa uuden hankintalain 2.1 §:n mukaista velvoitetta tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta sekä toiminnan avoimuudesta²⁴⁰.

Jyväskylän ja Tieliikelaitoksen yhteisyrityksen perustamisessa oli myös kyse juuri tehtyjen hankintasopimusten siirtämisestä yhteisyritykselle. Yhteistyökumppaneista ainakin Jyväskylän kaupunki olisi sitten hankkinut palveluja yhteisyritykseltä näiden sopimusten perusteella. Kauppa- ja teollisuusministeriö vetosi asiaa koskevassa lausunnossaan²⁴¹ EY-tuomioistuimen Mödling-tuomioon todetessaan menettelyn olevan hankintalainsäädännön kilpailuttamisvelvoitteen vastainen. Jyväskylä olisi siis yhteisyritykseltä tekemiensä suorien hankintojen kanssa menetellyt kahdella perusteella väärin. Ensiksi se ei olisi voinut tehdä suoria hankintoja, koska sen sidossuhde ei täyttänyt vaadittuja edellytyksiä yhtiön toiminnan suuntautumisen osalta. Toiseksi suorat hankinnat eivät olisi olleet mahdollisia, koska sopimukset olisi siirretty yhtiölle hankintalain vastaisesti.

5.3 Yhteistyö valtion liikelaitoksen kanssa

5.3.1 Valtion liikelaitos kunnan kumppanina

Kunta voi tehdä rakenteellista yhteistyötä valtion liikelaitoksen kanssa, jota voidaan kumppanina verrata yksityiseen, itsenäiseen yhtiöön. Valtion liikelaitoksella tarkoitetaan sellaista liiketoimintaa harjoittavaa valtion laitosta, jonka toiminnan perusteista säädetään valtion liikelaitoksista annetussa laissa (1185/2002). Tarkemmin kunkin liikelaitoksen toimialasta ja tehtävistä säädetään valtion liikelaitoksista annetun lain 2 §:n mukaan laitospöytäkirjassa. Valtion liikelaitoksen katsotaan olevan hallinnollisen viraston ja valtionyhtiön välimuoto. Liikelaitokset toimivat valtion budjettitalouden ulkopuolella eli ne päättävät itse taloudestaan, mikä merkitsee melko suurta vapautta liikelaitosten päätöksenteossa²⁴². Samoin ne päättävät itsenäisesti toiminnastaan ja hallinnostaan, mutta liikelaitosten on kuitenkin toimittava eduskunnan ja valtioneuvoston niille asettamien palvelutavoitteiden sekä liiketaloudellisten periaatteiden mukaisesti.²⁴³ Vaikka valtion liikelaitos

²⁴⁰ Vanhassa hankintalaissa vastaavat säännökset ovat lain 5 ja 6.3 §:ssä.

²⁴¹ Kauppa- ja teollisuusministeriö 2006, 3–4.

²⁴² Pölliä – Etelälahti 2002, 28–30.

²⁴³ HE 72/2002, 53.

Lähtökohta kuitenkin on, että valtion tehtävien siirto kunnalle edellyttää lainsäädännön siihen antamaa mahdollisuutta. Kunnan olisi saatava myös korvaus hoidettavakseen ottamasta valtion tehtävästä. Säännöksellä pyritään turvaamaan kansalaisten peruspalvelujen riittävä ja tasapuolinen saatavuus ja laatu.²⁴⁷ Tällaisten palvelujen tuottamisesta yhteistoiminnassa kunnan ja valtion viranomaisten kesken säädetään laissa julkisen hallinnon yhteispalvelusta (223/2007). Lakia sovelletaan sen 2 §:n mukaan julkishallinnon viranomaisille kuuluvien avustavien asiakaspalvelutehtävien järjestämiseen ja hoitamiseen viranomaisten yhteistyönä. Kuntalain 2.2 §:n mukaiset tehtävät rinnastuvat ennemminkin kunnan lakisääteisiin tehtäviin kuin sen vapaaehtoisen tehtäväpiiriin tehtäviin²⁴⁸.

Kuntalain 2.1 §:n ensimmäisen virkkeen mukaan kunta voi hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamia tehtäviä (niin sanottu vapaaehtoinen tehtäväpiiri). Kun kunta ryhtyy hoitamaan vapaaehtoisesti valtion tehtäviä, on kunnalla yleensä motiivina asukkaidensa palvelutarjonnan säilyttäminen tai parantaminen; kunnat haluavat pitää palvelut kunnassa tai tarjota kokonaan uusia palveluja. Kun kunta ryhtyy hoitamaan valtion tehtäviä, voidaan toiminta nähdä myös valtion tukemisena. On kuitenkin hyvä pohtia tällaisen tukitoiminnan asianmukaisuutta. Kuntien laissa säädetty vapaus ei ole ehdoton, sillä kuntien vapautta valita tehtäviä hoitaa rajottavat muun muassa tarkoituksenmukaisuusperiaate sekä muut kunnan ja kuntalaisten etua ajavat periaatteet²⁴⁹. Kunnan motiivi turvata oman kuntansa palvelut on tärkeä, ja se on myös peruslähtökohta, jonka voidaan katsoa sallivan valtion tehtävien hoitamisen. Tarkoituksenmukaisuus sekä kunnan ja asukkaiden edut varmistuvat, mikäli yhteisyriyksessä tuotetaan edullisempia ja laadukkaampia palveluja. Yhteisyriyksessä palveluja saatetaan tuottaa myös taloudellisemmin, jolloin kunnan varoja voidaan käyttää tehokkaammin kuntalaisten eduksi. Lisäksi valtion tehtävien hoitamisen puolesta puhuu se, että kunta on palvelujen järjestäjänä huomattavasti lähempänä kansalaisia, kuin valtio²⁵⁰.

Harjula ja Prättälä toteavat, että julkisen hallinnon (valtion ja kuntien) tehtävänä on kokonaisuutena vastata palvelujen saatavuudesta ja laadusta. Tämä edellyttää, että tehtävien hoitaminen ja palvelujen tuottaminen voidaan organisoida järkevästi ja taloudellisesti.²⁵¹ Tähän liittyen Turkkila myöntää, ettei ole itseisarvo sinänsä miettiä sitä, mikä on valtiolle ja mikä kunnille kuuluva tehtävä, kunhan pelisäännöt tehtävien hoitamisesta ovat selvillä²⁵². Vaikka kunta huolehtiikin valtion

²⁴⁷ Komiteanmietintö 1999:33, 331. Ks. myös Hannus – Hallberg 2000, 99.

²⁴⁸ Hannus – Hallberg 2000, 99.

²⁴⁹ Ks. esimerkiksi Harjula – Prättälä 2001, 78–79 ja tässä tutkimuksessa luku 2.1.2.

²⁵⁰ Turkkila 2002, 41.

²⁵¹ Harjula – Prättälä 2001, 105. Näin on todettu jo kuntalakia valmisteltaessa, ks. Komiteanmietintö 1993:33, 172.

²⁵² Turkkila 2002, 42.

tehtävän suorittamisesta, tulisi valtiolla säilyä tehtävän rahoitusvastuu. Tässä voidaan viitata niin sanottuun rahoitusperiaatteeseen, joka ilmenee Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 9.2 §:stä: ”Paikallisviranomaisten voimavarojen tulee olla riittävät suhteessa niihin velvoitteisiin, jotka niille on annettu perustuslaissa ja muissa laeissa.” Rahoitusperiaate kuitenkin koskee nimenomaisesti vain lakisääteisiä tehtäviä. Kunnan kannalta tärkeää olisi, että niille annettaisiin virallisella tasolla takuu reiluista pelisäännöistä koskien yhteistoimintaa valtion kanssa²⁵³. Kunnan ja valtion vapaaehtoisen yhteistyön tulisi myös kuulua rahoitusperiaatteen piiriin.

Sääntelyllä voitaisiin siis tarkentaa kunnan ja valtion välistä tehtävien järjestämis- ja kustannusvastuuta niiden huolehtiessa yhdessä julkisista tehtävistä. Sallisen mukaan sääntelyn avulla voitaisiin myös havaita, minkälaisia oikeudellisia reunaehtoja yhteistoiminnassa on otettava huomioon. Lailla voitaisiin esimerkiksi tarkentaa tulkintaa kuntalain 2 §:n mukaisista kunnan vapaaehtoisista tehtävistä²⁵⁴. Sääntelyllä ei tulisi kuitenkaan puuttua itse vapaaehtoiseen tehtäväpiiriin, jottei tarkemmilla sanamuodoilla rajoiteta kunnan vapaaehtoisen tehtäväpiirin muotoutumista. Ennemminkin lainkohdilla tulisi ohjeistaa, miten vapaaehtoisia tehtäviä suorittaessa tulisi toimia.²⁵⁵

Yhteisyrityksen toiminnassa on tärkeää, että järjestämis- ja kustannusvastuu kunnan ja valtion välillä on selvästi määritetty. Toiminnan jatkuessa on kuitenkin riskinä, että valtio ei enää huolehdi-kaan kustannuksista oman osuutensa mukaisesti. Esimerkiksi, jos valtion tehtävät lisääntyvät, voi sillä olla pyrkimys siirtää niitä kunnan vastuulle. Tämä on kuitenkin lainvastaista, sillä kuntalain 2.1 §:n toisen virkkeen mukaan kunnalle saadaan antaa uusia tehtäviä vain säätämällä siitä lailla. Tämän kohdalla on kuitenkin muistutettava, että yhteisyrityksen osakkaana kunnan olisi pystyttävä itse havaitsemaan, mikäli valtio yrittää vältellä omaa kustannusvastuutaan. On pääasiassa kunnan oman valvonnan varassa, ettei kunnalle sen huomaamatta ja lainvastaisesti anneta uusia tehtäviä hoidettaviksi.

5.3.3 Valtion ja kunnan kumppanuus – käytännön esimerkki

Valtion liikelaitoksen ja kunnan palvelujen tuotannon yhteistoimintaa mahdollisesti rajoittavia säännöksiä voidaan tarkastella tämän tutkimuksen alussa esitellyn Jyväskylän ja Tieliikelaitoksen tapauksen avulla. Jyväskylän kaupungin oli tarkoitus perustaa yhteinen yhtiö valtion liikelaitoksen,

²⁵³ Turkkiila 2002, 54.

²⁵⁴ Ks. Sallinen 2007, 412, jossa hän ehdottaa, että kuntalakiin voitaisiin ottaa muun muassa seuraavat säännökset: ”Kunta ei saa ottaa tehtäviä hoitaakseen pelkästään taloudellisten voittojen saamiseksi, ja kunta ei saa yhtiömuotoisessa toiminnassa ylittää toimialaansa.”

²⁵⁵ Sallinen 2007, 410–411.

Tieliikelaitoksen kanssa. Yhtiölle olisi siirretty kaupungin liikelaitoksena toimineen Altek Aluetekniikan alueiden hoidon ja yhdyskuntarakentamisen liiketoiminnot ja Tieliikelaitoksen alueelliset väylärakennus- ja hoitotoiminnot. Yhteisen yhtiön keskeisimpiin tehtäviin olisi siis kuulunut muun muassa katujen ja yleisten teiden ylläpito. Näitä tehtäviä sääntelevät maantielaki (503/2005) sekä maankäyttö- ja rakennuslaki (132/1999).

Valtion tehtävä on vastata yleisten teiden pidosta. Kunnat ja kaupungit puolestaan vastaavat oman alueensa katuverkosta ja sen kunnosta.²⁵⁶ Tehtävänjako ilmenee myös lainsäädännöstä. Maantielain 10 §:ssä säädetään, että tienpitäjänä on valtio, joka vastaa tienpidosta ja sen kustannuksista sekä käyttää tienpitoa varten saatuja oikeuksia.²⁵⁷ Maankäyttö- ja rakennuslain 84.2 §:n mukaan kadunpidon järjestäminen ja 90.1 §:n mukaan muiden yleisten kunnan alueiden toteuttaminen kuuluu kunnalle.²⁵⁸ Tehtävät siis on tarkasti jaettu kunnan ja valtion kesken. Yhteisyrityksessä Jyväskylän kaupungin omistaman Altek Aluetekniikan ja valtion Tieliikelaitoksen olisi pitänyt yhdessä hoitaa näitä tehtäviä. Yhtiötä ei koskaan perustettu, mutta hanke ei kariutunut tehtävien jakamisen tai yhdistämisen vuoksi vaan kilpailuoikeudellisiin ongelmakohtiin yhtiölle suoraan siirrettävien tehtävien osalta²⁵⁹. Olisiko suunniteltu yhteistyö kuitenkin ollut mahdollista tehtäviä sääntelevien lakien puitteissa?

Maankäyttö- ja rakennuslain 84.2 §:ssä mahdollistetaan poikkeus kunnan tuotantovastuusta: ”Kunta voi antaa sille kuuluvan kadunpidon kokonaan tai osittain muiden tehtäväksi.” Kunnalla on siis mahdollisuus siirtää tehtävän hoitaminen yksityiselle tai tässä tapauksessa valtion liikelaitoksen kanssa perustetulle yhtiölle. Tapauskohtaisesti on tietysti harkittava, onko tehtävien siirto tarkoituksenmukaista kunnan ja kuntalaisten edun kannalta. Kadunpitoa sääntelevä erityislaki ei tässä tapauksessa ainakaan olisi kunnan osalta esteenä yhteistuotannolle valtion laitoksen kanssa. Tarkempaa tarkastelua ehkä kaipaakin kunnan mahdollisuus suorittaa valtion tehtäviä. Kunnan ja valtion yhteistyötä voidaan lähestyä kunnan itsehallintoon puuttumisen näkökulmasta – kunnalle kun ei saa antaa uusia tehtäviä muuten kuin säätämällä siitä lailla (kuntalain 2.1 §). Yhteisyrityksessä kuitenkin tehtävien suorittaminen perustuu vapaaehtoisuuteen, ja huomio voidaan kiinnittää siihen, miten valtion on mahdollista luopua tehtävästään yleisten teiden pidon osalta.

²⁵⁶ Suomen liikenneväylät: <<http://www.mintc.fi/scripts/cgiip.exe/WService=lvm/cm/pub/showdoc.p?docid=2098&menuid=176>>.

²⁵⁷ Maantielain 9 §:n mukaan tienpito käsittää maantien suunnittelun, rakentamisen, kunnossapidon ja liikenteen hallinnan. Lain 4.1 §:ssä säädetään, että maantiet ovat valtateitä, kantateitä, seututeitä tai yhdysteitä.

²⁵⁸ Maankäyttö- ja rakennuslain 84.1 §:n mukaan kadunpito käsittää kadun suunnittelemisen, rakentamisen ja sen kunnossa- ja puhtaanapidon sekä muut tarvittavat toimenpiteet. 83 §:n mukaan yleisellä alueella tarkoitetaan asema-kaavassa katualueeksi, toriksi, liikennealueeksi, virkistysalueeksi tai näihin verrattavaksi alueeksi osoitettua aluetta.

²⁵⁹ Jyväskylän kaupunki 2006 (Liiketoimintatoimiala).

Maantielain 10.2 §:ssä on säädetty poikkeus valtion tuotantovastuusta. Erityisestä syystä voi muu-kin kuin tienpitäjä sopimuksen mukaisesti osallistua tienpidon kustannuksiin tai ottaa huolehti-akseen jostain tienpitoon liittyvästä toimenpiteestä. Esimerkkinä erityisestä syystä pykälässä esitetään se, että tienpidosta huolehditaan laadultaan tai laajuudeltaan korkeampiluokkaisena kuin yleisen liikenteen taikka tien ympäristöön sovittamisen tarve edellyttää. Yhteisyrityksen puitteissa toteutettava yhteistyö ja tuotantovastuun jako kunnalle ei sovellu tähän säännökseen. Yhteistyöllä ei varmaankaan pyritä ensisijaisesti korkealuokkaisempien teiden rakentamiseen, vaan lähinnä taloudellisiin hyötyihin toimintoja yhdistämällä. Maantielakia koskevassa hallituksen esityksessä todetaan, että erityisiä syitä voi olla muitakin. Esityksessä ei kuitenkaan oteta tarkemmin kantaa, mitä ne voisivat olla.²⁶⁰ Ehkä molemminpuolisten taloudellisten säästöjen saavuttaminen yhteis-toiminnalla tai kunnalle tärkeät synergiaedut voisivat olla erityisiä syitä siihen, että kuntakin voisi osallistua tehtävien suorittamiseen.

Yhteistoiminnan vastuunjaon kannalta tärkeä säännös on maantielain 10.1 §: tienpitäjänä on valtio, joka vastaa tienpidosta ja sen kustannuksista. Säännöksellä varmistetaan valtion kustannusvastuu, vaikka tehtävän suorittamiseen osallistuisikin joku muu. Hallituksen esityksessä täsmennetään, että jonkun muun osallistuessa valtion vastuulla olevan tienpidon kustannuksiin, olisi osallistumisen suuruus merkittävä sopimukseen. Esityksessä mainitaan myös, että kustannusosuuden sijaan voi- daan sitoutua huolehtimaan jonkun tienpitotoimenpiteen suorittamisesta.²⁶¹ Yhteisyrityksessä kun- nan kannalta ei varmaankaan ole tarkoituksenmukaista, että se ryhtyisi vastaamaan tienpidon kustannuksista, vaan vastuun tulisi säilyä edelleen valtiolla. Toimenpiteen suorittamiseen kunta voisi kuitenkin sitoutua, mikäli valtio vastaisi kustannuksista. Yrityksen toiminnan ja molempien osapuolten kannalta tarkoituksenmukaisinta siis olisi, että molemmat vastaavat omien tehtäviensä aiheuttamista kustannuksista, mutta osapuolet voisivat kuitenkin yhdessä suorittaa tehtäviä niin kuin parhaaksi katsovat.

Kustannustenjaon merkitseminen sopimukseen saattaa käytännössä olla joskus hankalaa, muttei edellytyksen kuitenkaan voida katsoa rajoittavan yhteistyötä. Näin ollen maantielain sekä maan- käyttö- ja rakennuslain mukaan kunnan ja valtion liikelaitoksen toimintojen yhdistäminen kadun- ja yleisten teiden pidon osalta yhteiseen yhtiöön näyttäisi olevan sallittua. Jollakin muulla alalla tilanne saattaa taas olla toinen. Tarkastelu on suoritettava tapauskohtaisesti kumppanuusjärjes- telyjen tarkoituksen mukaan. Toimintojen yhdistämisellä ja yhtiöittämisellä voidaan saavuttaa ta-

²⁶⁰ HE 17/2004, 37.

²⁶¹ HE 17/2004, 37.

loudellisia hyötyjä kunnan tai valtion liikelaitoksen omaan toimintaan verrattuna. Mikäli lainsäädäntö joissain tapauksissa on kyseisen yhteistyön esteenä, voidaan sen ainakin nähdä rajoittavan kunnan ja valtion liikelaitoksen sopimusvapautta. Tosin tätä yksityisoikeuden keskeistä periaatetta ei voida muutenkaan täysin soveltaa julkishallinnon sopimustoiminnassa²⁶². Rajoittavissa tapauksissa on mietittävä tarkkaan, ovatko säännökset tarkoituksenmukaisia ja saavutetaanko niillä riittäviä hyötyjä yhteistyön vapauttamiseen nähden.

²⁶² Ks. tämä tutkimus luku 4.2.4.

6 Lopuksi

6.1 *Lakisidonnaisuus muotoilee kunnan sopimustoimintaa*

Kunnilla on lakisääteinen velvollisuus järjestää palveluja asukkailleen, mutta lailla on myös säädetty kunnille oikeus valita tapa, jolla palvelut tuotetaan. Tämän lisäksi kunnille on lailla säädetty oikeus ottaa vapaaehtoisesti hoitaakseen muitakin kuin lakisääteisiä tehtäviä. Nämä molemmat oikeudet ovat kunnallisen itsehallinnon ydin. Palvelujen perinteisten järjestämistapojen ohella rakenteellisen yhteistyön kautta kunnat koettavat parhaansa mukaan parantaa talouttaan ja pitää asukkaille antamansa lupaukset riittävästä ja laadukkaista palveluista. Yhteisyrityksen perustaminen ei kuitenkaan ole aivan yksinkertainen prosessi, ja siihen ryhdyttäessä on kunnan otettava erilaisia asioita huomioon.

Kunnan toimintojen siirtäminen yhteisyritykselle katsotaan yksityistämiseksi, mikäli yhtiössä on yksityisen sektorin toimija mukana. Yksityistäminen on kuitenkin rajoitettua, jos siirrettäviin tehtäviin liittyy julkisen vallan käyttöä. Merkittävää julkisen vallan käyttöä vaativia tehtäviä ei saa antaa lainkaan viranomaishallinnon ulkopuolisen hoidettavaksi, ja julkista valtaa yleensäkin voidaan siirtää vain lain nimenomaisen säännöksen oikeuttamana. Kunnan palvelutuotannossa on kuitenkin paljon tehtäviä, joihin ei liity julkisen vallan käyttöä eli joilla ei vaikuteta välittömästi yksilön oikeusasemaan. Nämä tehtävät ovat lähinnä palvelutuotantoon liittyviä tuotannollisia tehtäviä, joita myös rakenteellisen yhteistyön merkeissä yhteisyrityksessä ehkä yleisimmin suoritettaisiin. Tehtävät, joihin ei liity julkisen vallan käyttöä, voidaan yksityistää ilman erityistä säännöstä. Tällaisiinkin tehtäviin tietysti usein liittyy päätös, joka saattaa vaikuttaa asukkaiden oikeuksiin, etuihin tai velvollisuuksiin. Näissä tilanteissa toiminnot voidaan jakaa – viranomaiset tekevät päätöksen kunnan hallintomenettelyssä ja toteutus voidaan ulkoistaa. Tällaisia tehtäviä ovat muun muassa yhdyskuntarakentamisen tehtävät – kunta huolehtii kaavoituksesta ja rakentaminen annetaan muiden tehtäväksi. Siitä riippumatta, että sisältyykö yksityistettävään tehtävään julkisen vallan käyttöä vai ei, on kunnan harkittava yksityistämistoimenpiteen tarkoituksenmukaisuus – sen pitää olla ehdottomasti kunnan ja sen asukkaiden edun mukaista.

Demokraattinen valvonta, joka on asukkaiden ehdoton oikeus ja olennainen osa kunnallista itsehallintoa, nousee ongelmaksi rakenteellisen yhteistyön kohdalla. Kunnan yhtiöitettyä toimintansa vaikeutuu kansalaisten valvonta oleellisesti. Valvonta edellyttää yhtiön toiminnan julkisuutta, mikä onnistuu vain sellaisten asiakirjojen osalta, joita ei erikseen määrätä salaisiksi. Yritystoiminnassa kuitenkin varjellaan tarkasti liikesalaisuuksia, joten pääasiassa yrityksen asiakirjat eivät ole julki-

sia. Kunta voi parantaa asukkaidensa valvontamahdollisuuksia tiedottamalla erikseen yhtiönsä toiminnasta, mutta tiedottaminen tapahtuu usein vasta sitten, kun merkittävät päätökset on jo tehty. Asukkaiden vaikutusmahdollisuudet ovat silloin enää suhteellisen vähäiset.

Yhteisyrityksen perustamiseen ja varsinaiseen sopimustoimintaan liittyvä ongelma on mahdollisten riitatilanteiden ratkaisu. Sopimus on voitava määritellä joko julkisoikeudellisten tai yksityisoikeudellisten säännösten alaiseksi, koska sillä perusteella määräytyy tuomioistuin, jossa riita käsitellään. Julkisoikeuden alaan kuuluvat sopimusriidat ratkotaan hallintoriita-asioina ja yksityisoikeudelliset sopimukset yleisen lainkäytön puolella. Sopimuksen oikeusalan määrittelyn helpottamiseksi lakiin on otettu säännös hallintosopimuksesta, joka kattaa kaikki julkisoikeuden alaan kuuluvat sopimukset. Säännökseen on tiivistetty keskeiset yksityisoikeudellisesta sopimuksesta erottavat tekijät: hallintosopimus koskee julkisen hallintotehtävän hoitamista tai julkisen vallan käyttöä. Muunsisältöiset sopimukset katsotaan yksityisoikeudellisiksi. Yhteisyrityksen perustamisopimus sellaisenaan, koskien vain yhtiön perustamista, on yksityisoikeudellinen sopimus. Yhteisyritys voidaan perustaa myös tiettyä tehtävää silmällä pitäen, jolloin perustamisopimukseen liittyy julkisten tehtävien hoitamisesta sopiminen. Tähän tehtävään saattaa liittyä myös julkisen vallan käyttöä. Näissä tilanteissa sopimus kuuluu julkisoikeudellisten säännösten alaan, ja riita-asiatkin on ratkaistava hallinto-oikeudellisesti. Rajanveto sovellettavien oikeusalojen välillä saattaa olla vaikeaa. Sopimuksen oikeusvaikutuksia on tarkasteltava tapauskohtaisesti, ja epäselvissä tilanteissa riitatilanteet olisi varmintä ratkaista hallinto-oikeudellisissa tuomioistuimissa.

Kunnan sopimustoimintaa rajoittavat myös tietyt muodollisuudet. Rakenteelliseen yhteistyöhön ja yhteisyrityksen perustamiseen ryhtymisestä on kunnassa tehtävä päätös. Jonkun on vielä pantava tämä päätös täytäntöön ja solmittava sopimus. Kunnanhallituksella on oikeus tehdä kunnan puolesta sopimuksia, mutta valtuuston on kuitenkin päätettävä kaikista kunnan kannalta merkittävistä ja tärkeistä asioista. Kunnan toimintojen yhtiöittäminen ja yrityksen perustaminen on kunnan talouden ja organisaatiorakenteenkin kannalta niin merkittävä päätös, että kunnan ylintä päätösvaltaa käyttävänä toimielimenä kunnanvaltuuston tulisi tehdä se. Tätä voidaan perustella muun muassa sillä, että yhtiön perustaminen sitoo kuntaa pitkään, mikä saattaa rajoittaa kunnan päättäjien liikkumavaraa myöhemmin. Allekirjoitettu sopimus kuitenkin sitoo kuntaa, vaikkei sopimuksen tekijä olisi ollutkaan toimivaltainen. Kunnanvaltuuston rooli päätöksenteossa on tärkeä kunnallisen demokratiankin vuoksi, sillä kunnan asukkaat ovat kattavammin edustetut kunnanvaltuustossa kuin hallituksessa. Kunnanhallituksen merkittävä rooli tulee kuitenkin esiin siinä, että kunnanhallitus

valmistelee valtuuston päätöksen yhteisyrityksen perustamisesta ja lopulta huolehtii itse sopimuksen allekirjoittamisesta.

Sopimustoiminta on yleistynyt huomattavasti kuntien toiminnassa, vaikka sen ei ole perinteisesti katsottu soveltuvan viranomaistoimintaan. Nykyisin tästä tiukasta käsityksestä ei voidakaan enää pitää kiinni. Ensimmäiseen tutkimusongelmaan sopimustoiminnan soveltumisesta kunnan toimintaan viitaten voidaan todeta, että tiettyjen rajoitusten puitteissa sopimustoimintaa voidaan kunnissa harjoittaa. Kunnan toimintaa rajoittaa viranomaistoiminnan lakisidonnaisuus, mikä estää sopimusvapauden toteutumisen yksityiselle sektorille ominaisessa laajuudessa. Tärkeintä on varmistaa, että sopimukset tehdään lainmukaisesti ja että sopimustoimintaan ryhtyminen on ehdottomasti tarkoituksenmukaisin ja edullisin ratkaisu.

6.2 Yhteisyritys kunnan palvelutuotannossa edellyttää kilpailuttamista

Ryhtyessään rakenteelliseen yhteistyöhön yksityisen sektorin toimijan kanssa kunnalla saattaa olla taustalla suunnitelma käyttää yhteisyritystä omassa palvelutuotannossaan. Mikäli yhtiö olisi täysin kunnan omistuksessa, kunnalla olisi paremmat mahdollisuudet tehdä siltä suoria palveluhankintoja. Kunnan omalta yksiköltä tehtäviä hankintoja – sidosyksikköhankintoja – koskevien EY-tuomioistuimen oikeusohjeiden keskeisimmät periaatteet on otettu uuteen kansalliseen hankintalainsäädäntöömme. Sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Kunnan yhtiöt ovat aina muodollisesti erillisiä omistajastaan. Suorat palveluhankinnat sidosyksiköltä ovat mahdollisia vain, jos hankintayksikkö valvoo yksikköä, kuten omia toimipaikkojaan ja jos yksikön toiminta suuntautuu pääasiassa hankintayksikköön. Yksityisen toimijan vähemmistöomistajuuskin yhteisyrityksessä estää sen, että kunta voisi valvoa yritystä, kuten muita täysin omia toimipaikkojaan. Kunta ei voi tällöin tehdä yhteisyritykseltä palveluhankintoja suoraan.

Kun kunta haluaa yhteisyrityksen suorittavan jonkun tietyn tehtävän, on sen siis järjestettävä hankintalainsäädännön mukainen tarjouskilpailu, johon yhteisyritys voi osallistua. Tällöin on tärkeää ottaa huomioon, että yhteisyritys ei välttämättä voitakaan tarjouskilpailua. Tämän vuoksi on yritystä perustettaessa mietittävä laajemmin yrityksen tulevaa toimintaa. Yhtiöllä tulisi olla mahdollisuuksia toimia yleisillä markkinoilla, jotta sen perustamiseen suunnatut resurssit eivät menisi hukkaan. Ei siis ole välttämättä järkevää lähteä perustamaan yritystä yksityisen kanssa pelkästään jotain kunnan tehtävää varten ilman varasuunnitelmaa. Toisaalta, miksi pitäisi edes perustaa yhtiö

vain yhtä tehtävää varten? Eikö tällöin olisi yksinkertaisempaa vain ostaa tietyt oman toiminnan lisäksi tarvittavat palvelut yksityiseltä tavallisella ostopalvelusopimuksella? Tällaisessa tilanteessa tulisi ensisijaisesti pohtia yhtiöittämisen tarkoituksenmukaisuutta, joka on lailla säädetty kunnan toimintojen yksityistämisen edellytykseksi.

Sidosyksikköhankintojen olennainen ongelma on, että Euroopan yhteisöjen lainsäädännöstä ei löydy niitä koskevia säännöksiä, vaikka EY-tuomioistuinratkaisuja on jo runsaasti. Tuomioistuinratkaisut ovat edelleen keskeisimmät oikeusohjeet. Niitä ei kuitenkaan välttämättä säädetä kansallisiin lakeihin, koska säännöksiä ei ole direktiiveissäkään. Kunnalliset toimielimet taas eivät välttämättä osaa seurata EY-tuomioistuinratkaisujen ohjeita, vaan vain kotimaista, mahdollisesti puutteellista lainsäädäntöä. Euroopan yhteisöjen perustamissopimukseen kirjattu tavoite yhtenäisistä sisämarkkinoista ja yhdenvertaisuudesta edellyttää kuitenkin yhtenäistä lainsäädäntöä koko Euroopan unionin tasolla. Lainsäädännön puutteellisuus voidaan nähdä ongelmana kuntien hankintamenettelyjen kannalta ja toisaalta yksityisten yritysten oikeusturvan kannalta. Suomessa markkinaoikeus on jo ruuhkautunut virheellisten hankintamenettelyjen aiheuttamien riitojen vuoksi. Kattavalla ja yhdenmukaisella sääntelyllä näitä riitoja voitaisiin vähentää.

Säännösten olemassaolon ohella myös sidosyksikköhankintoja koskevista oikeusohjeista on löydettävissä puutteita esimerkiksi hankintayksikön suorittaman valvonnan suhteen. Sidosyksikköhankintojen osalta on todettu, että kunnan on järjestettävä tarjouskilpailu, mikäli yksityinen yritys on osakkaana sidosyksikössä. EY-tuomioistuinratkaisussa viitataan yksityisen toimijan 25 prosentin vähemmistöosakkuudenkin estävän hankintayksikön suorittaman valvonnan. On kuitenkin kyseenalaista, voisiko kunta toteuttaa valvontaa, jos yksityisomistuksessa olisi vain aivan pieni osa yhteisyrityksestä, esimerkiksi yksi prosentti. Olisi tarpeellista tutkia, voidaanko yleisesti antaa ohjeita siitä, kuinka suuri osuus julkisessa omistuksessa on oltava, jotta valvontaa voitaisiin toteuttaa. Onko asia todella ratkaistavissa EY-tuomioistuimen määräämällä tavalla, että vähäinenkin yksityisomistus edellyttää aina kilpailuttamista? Asia ei riipu välttämättä vain omistusosuuksista, vaan myös siitä, miten kukin osapuoli osallistuu yhteisyrityksen päätöksentekoon ja toimintaan. Samoin kuntien välisen yhteistyön osalta tarvitaan lisätutkimusta sen osalta, että milloin yhteistoimintaan osallistuvien kuntien välistä suhdetta voidaan pitää suorien hankintojen edellyttämänä sidossuhteena. Kustannusten jakaminen kuntien kesken kyseenalaistaa sen, milloin sopimusta voidaan pitää hankintasopimuksena. Myös valvonnan toteuttamisen osalta on epäselvää, miten sen täytyy toteutua kuntien yhteistoiminnassa.

Hankintasopimusten siirtämisestä ei ole selkeitä säännöksiä Euroopan yhteisöjen eikä kotimaisessa hankintalainsäädännössä, mikä on kiistatta puute hankintoja koskevien menettelytapojen yhdenmukaistamisessa. Kun kunta tekee omalta yksiköltään suoran hankinnan, mutta pian sopimuksen solmimisen jälkeen omasta yksiköstä osa myydään yksityiselle toimijalle, kunta toimii hankintalainsäädännön vastaisesti. Yksityinen yritys pääsisi tällöin suoraan osallistumaan aiemmin rajoitettujen tehtävien hoitamiseen. Tällaisella menettelyllä kierrettäisiin keinotekoisesti kilpailuttamisvelvoite ja loukattaisiin tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden velvoitetta sekä toiminnan avoimuutta. Muillakin yksityisillä toimijoilla pitäisi olla tarjouskilpailun kautta mahdollisuus päästä osallistumaan tehtävien hoitamiseen. Sopimusten siirtämistä ei ole ohjeistettu yhteisöjen lainsäädännössä, mutta Suomessa uuteen hankintalainsäädäntöön EY-tuomioistuinratkaisuihin ilmenevät ohjeet olisi voitu sisällyttää.

Toiseen tutkimusongelmaan viitaten kunta voi siis käyttää yhteisyritystä omassa palvelutuotannossaan, mutta sen on huolehdittava toimintansa lainmukaisuudesta ja avoimuudesta. Kunnan on otettava huomioon, että yhteisyritykseltä ei voida tehdä suoria palveluhankintoja. Tarjouskilpailussa kunnan on kohdeltava kaikkia yhdenvertaisesti, mikä saattaa tarkoittaa sitä, että oma yhteisyritys ei olekaan edullisin ratkaisu eikä voita sopimusta palvelujen tuottamiseksi. Rakenteelliseen yhteistyöhön ryhdyttäessä on siten suunniteltava tarkkaan, mihin yhteisyrityksen perustamisella pyritään ja onko se kunnan edun kannalta tarkoituksenmukaista.

6.3 Kunnan ja valtion välinen yhteistyö

Kunnilla on oikeus ottaa vapaaehtoisesti hoitaakseen muitakin, kuin sille laissa säädettyjä tehtäviä. Halutessaan kunta voi siten valtion liikelaitoksen kanssa yhteisessä yrityksessä hoitaa sekä omiaan että valtion tehtäviä ja päinvastoin. Kunnan vapaaehtoinen tehtäväpiiri ei kuitenkaan ole rajaton, sillä kunnan on varmistettava uusien tehtävien olevan kunnan ja sen asukkaiden edun kannalta tarkoituksenmukaisia.

Yhteisyrityksen toiminnassa on erotettava julkisten tehtävien järjestämisvastuu tuotannosta. Järjestämis- ja kustannusvastuun tulisi yhteisyrityksessä säilyä sillä, jonka järjestettäväksi tehtävät on lailla säädetty. Tuotanto pitäisi kuitenkin pystyä organisoimaan edullisimmalla tavalla eli tarvittaessa tehtäviä tulisi voida suorittaa esimerkiksi yhdistämällä toimintoja yhteisessä yhtiössä. Kolmanteen tutkimusongelmaan viitaten lainsäädäntö voi kuitenkin olla rajoite, mikäli tehtävien jakoa koskeviin säännöksiin ei sisälly vapautta poiketa niistä tietyissä tilanteissa erityisin perus-

tein. Yhteisyrityksessä toiminnalla saavutettavien taloudellisten ja muiden etujen tulisi olla riittävä peruste vastuunjaosta poikkeamiseen.

Tehtävien jakautumisessa kuntien ja valtion kesken ei ole kuitenkaan olennaisinta miettiä sitä, mikä on nimenomaan kunnan ja mikä valtion tehtävä. Kuntien ja valtion välinen tehtävänjako kaikkien julkisten palvelujen hoitamisessa on voitava organisoida järkevästi ja taloudellisesti. Mikäli yhteisyrityksen perustaminen katsotaan järkevimmäksi ja edullisimmaksi ratkaisuksi, tulisi tämän olla mahdollista. Tärkeämpää on huolehtia reiluista säännöistä yhteistyössä. Sääntelyllä voitaisiinkin tarkentaa kunnan ja valtion välistä tehtävien järjestämis- ja kustannusvastuuta niiden huolehtiessa yhdessä julkisista tehtävistä. Laissa kielletään uusien tehtävien antaminen kunnalle muuten kuin säätämällä siitä lailla, mutta yhteisyrityksessä valtion tehtävien lisääntyessä valtio saattaa silti yrittää vältellä omien tehtäviensä aiheuttamaa kustannusvastuuta ja pyrkiä siirtämään sitä kunnalle. Vaikka tämä on lainvastaista, loppujen lopuksi on kuitenkin kunnan omalla vastuulla valvoa, ettei valtio pyri antamaan sille lainvastaisesti uusia tehtäviä hoidettaviksi.

Tässä tutkimuksessa kunnan ja valtion vastuunjakoa julkisten tehtävien hoidossa tarkasteltiin esimerkin kautta. Yhdyskuntarakentamisen alalla kunnan ja yksityisen toimijan yhteisyritykset ovat yleistyneet, ja sen osalta lainsäädäntö ei näytä rajoittavan yhteistyötä. Jollakin muulla alalla tilanne saattaa taas olla toinen, ja asiaa olisikin hyvä tutkia tarkemmin. Jokaisen kumppanuusprojektin kohdalla on joka tapauksessa tarkasteltava erikseen yhteistyön mahdollisuutta. Mikäli rakenteellisella yhteistyöllä toimintojen yhdistämisen ja yhteisen yhtiön perustamisen kautta on mahdollisuus saavuttaa taloudellisia hyötyjä kummankin osapuolen omaan toimintaan verrattuna, ei lainsäädännön tulisi olla este yhteistyölle. Lainsäädännön rajoitteiden osalta on mietittävä tarkkaan, ovatko säännökset tarkoituksenmukaisia ja saavutetaanko niillä riittäviä hyötyjä yhteistyön vapauttamiseen nähden.