SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 281

Esko Romppainen

SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖN OIKEUDELLINEN ASEMA HYVINVOINTIPALVELUJEN JÄRJESTÄMISESSÄ

SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖN OIKEUDELLINEN ASEMA HYVINVOINTIPALVELUJEN JÄRJESTÄMISESSÄ

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 281

Esko Romppainen

Sosiaali- ja terveysjärjestön oikeudellinen asema hyvinvointipalvelujen järjestämisessä

Tutkimus julkista avustusta saavan yhdistyksen asemasta hankintasääntöjen näkökulmasta

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa II perjantaina 2.11.2007 klo 10.00.

With an English Summary

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI

Julkaisuvaliokunta
Pekka Vihervuori, puheenjohtaja
Markku Helin
Mika Hemmo
Raimo Lahti
Tatu Leppänen
Risto Nuolimaa
Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. (09) 6120 300
f. (09) 604 668
sly@lakimies.org
www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-510-3

© 2007 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Esko Romppainen
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-271-3
Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2007

Saatteeksi

Tämän tutkimuksen tarve ei syntynyt innostuksesta tieteen edistämiseen sinänsä, vaan tarpeesta löytää ratkaisuja ajankohtaisiin kysymyksiin, jotka koskevat yleishyödyllisten sosiaali- ja terveysjärjestöjen asemaa jatkuvasti muuttuvassa toimintaympäristössä. Järjestöjen asemaa on ollut vaikea paikantaa. Yhteiskunnallinen kehitys on saanut aikaan enemmän järjestöjen asemaa koskevia kysymyksiä kuin on ollut olemassa valmiita vastauksia. Onko olemassa oikeudellisia perusteita sille, että sosiaali- ja terveysjärjestö asetettaisiin yrityksistä poikkeavaan asemaan palvelujen kilpailutuksessa? Toteuttavatko järjestöt tosiasiassa julkisyhteisöille kuuluvaa tehtävää? Millaisen roolin olemassa oleva lainsäädäntö antaa järjestöille oikeuden nykytilassa ja mahdollisesti tulevaisuudessa? Voidaanko järjestöjä enää lainkaan tukea julkisista varoista? Näihin kysymyksiin törmäsin jatkuvasti työssäni Raha-automaattiyhdistyksessä, aluksi sivustakatsojana.

Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan ja järjestöjen ympärillä velloneet jäsentymättömät kysymykset muodostivat aihepiirin, jonka antoi mahdollisuuden jo jonkin aikaa mieltäni kalvaneelle ajatukselle vielä pitkän työuran loppupäässä pohtia asioita hiukan perusteellisemmin. Tähän olivat antaneet kipinän tapahtumat, joiden seurauksena Raha-automaattiyhdistyksen raha-automaattitoiminnan yksinoikeus sai Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta vahvistuksen. Tiedollinen pohja tässä oikeusprosessissa jäi kuitenkin varsin pinnalliseksi, mikä synnytti tarpeen sen syventämiseen myös teoreettisella tasolla. Näkyvissä oli jo heti 2000-luvun alussa, etteivät läheskään kaikki Raha-automaattiyhdistyksen toimintaan läheisesti liittyvät ongelmat olleet poistuneet, vaan niiden painopiste oli nyt siirtynyt yhdistyksen avustustoimintaan.

Euroopan unionin neuvosto hyväksyi 20 päivänä maaliskuuta 2004 Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.[1] Direktiivi tuli voimaan 30 päivänä huhtikuuta 2004. Direktiivin perusteella säädetty laki julkisista hankinnoista (348/2007) tuli voimaan 1 päivänä kesäkuuta 2007. Lailla kumottiin aikaisempi, vuoden 1994 alusta voimaan tullut hankintalaki (1505/1992) siihen tehtyine muutoksineen. Sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluivat jo aikaisemman hankintalain soveltamisalaan. Kesti kuitenkin vuosia ennen kuin kunnat havahtuivat sen soveltamiseen. Kuntien ja järjestöjen

[1] Neuvosto, Yhteinen kanta (EY) N:o 33/2003, Direktiivin 2004/18/EY julkisista rakennusurakoista sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

yhteistoiminta perustui paikalliseen joustavaan asioista sopimiseen ilman, että palveluhankintoja olisi ensiksi kilpailutettu. Tietoisuus lain velvoittavuudesta lisääntyi vähitellen 1990-luvun loppupuolella. Tämä johtui osaltaan siitä, että sosiaali- ja terveyspalveluja tarjoavat yksityiset yritykset ja niiden etujärjestöt esittivät 1990-luvun lopulla voimistunutta kritiikkiä kuntien ja järjestöjen sopimussuhteista. Kritiikin yhtenä syynä olivat järjestöjen kunnilta itseltään ja Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista saamat julkiset tuet, joiden katsottiin vääristävän kilpailua ja markkinoiden toimintaa.

Järjestöjen parissa työskentelevät kokivat kilpailu- ja kilpailuttamissäännösten koskevan vain yrityksiä, jollaisten joukkoon he eivät mitenkään voineet lukea yhdistyksiä ja säätiöitä. Jo se, etteivät järjestöt tavoittele voittoa, olisi tullut hyväksyä erottelevaksi tekijäksi. Järjestöjen olemassaolon oikeutus perustui edunvalvontaan ja vapaaehtoistyön organisointiin. Näiden osana, usein lomittain, olivat ja ovat edelleenkin järjestöjen tuottamat palvelut. Julkisyhteisöjä edustavat tahot näyttävät vaativan järjestöiltä palvelutuotannossa roolia, joka kuuluu ensisijaisesti kunnille.

Tutkimuksen aihepiiri on ajankohtainen myös muista kuin julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muutoksesta johtuvista syistä. Euroopan yhteisön komissio julkaisi 12 päivänä toukokuuta 2004 valkoisen kirjan yleishyödyllisistä palveluista.[2] Yleishyödyllisinä palveluina on pidetty perinteisesti muun muassa energia-, posti-, liikenne- ja televiestinnän palveluja. Selkeää käsitystä sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujen ja yleishyödyllisten palvelujen suhteesta ei voida valkoisesta kirjasta löytää.

Eurooppa-valmistelukunnan (konventin) työn tuloksena hyväksyttiin 13 päivänä kesäkuuta ja 10 päivänä heinäkuuta 2003 ehdotus Euroopan perustuslailliseksi sopimukseksi.[3] Hyväksytyksi tullessaan yhteisön oikeus sisältäisi nimenomaisesti todettuina kansalaisten perusoikeudet. Siten sopimus koskisi myös tämän tutkimuksen piiriin kuuluvia sosiaalisia perusoikeuksia. Perustuslaillista sopimusta ei kuitenkaan hyväksytty suunnitellussa aikataulussa. Siksi perustuslaillisen sopimuksen käsittely jäikin tässä tutkimuksessa lopulta vain maininnaksi.

Palveludirektiivin (Euroopan parlamentin ja neuvoston palveluita sisämarkkinoilla koskevan direktiivin 2006/123/EY) aikaansaaminen on ollut vireillä jo vuosia. Direktiivin tavoitteena on vahvistaa Euroopan unionin taloudellista perustaa ja työllisyyttä muodostamalla todelliset sisämarkkinat myös palvelussa. Tässä tarkoituksessa direktiivillä pyritään edistämän EU:n sisämarkkinoiden avaamista palveluille sekä edistämään palveluntarjoajien sijoittautumisvapautta sekä palvelujen vapaata liikkuvuutta. Neuvosto hyväksyi direktiivin Strasbour-

---

[2] Komission tiedonanto, Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 16.
[3] Http://european-convention.eu.int/docs/Treaty/cv00850.fi03.pdf, 28.7.2003.

gissa 12 päivänä joulukuuta 2006 ja se tuli voimaan Euroopan unionin virallisessa lehdessä julkaisemisen jälkeen 28 päivänä joulukuuta 2006.[4]

Tässä tutkimuksessa on ollut mahdollista seurata lainsäädännön kehittymistä vuoden 2007 maaliskuun loppuun saakka, jolloin moni tämän tutkimuksen kannalta mielenkiintoinen lainsäännön kehitysprosessi on vielä kesken.

Päätyöni Raha-automaattiyhdistyksessä on vaikuttanut tutkimustyöhön pääosin positiivisesti. Vaikka tutkimuksen aihepiiri oli minulle sisällöllisesti varsin uusi, olen voinut osallistua ministeriöiden ja järjestöjen käymään keskusteluun järjestöjen asemasta. Tämä on sitonut tutkimuksen kiinni käytännön elämään. Toivoakseni myös tutkimustyön tuloksien perusteella on Raha-automaattiyhdistyksen avustustoimintaa voitu kehittää aikaisempaa perustellummalla tavalla. Tämä on luonut ”normaaliin” tutkijan asemaan verrattuna lisämotivaatiota ja toivottavasti myös parempaa argumentaatiota.

Erityisen kiitokseni haluan osoittaa ohjaajalleni professori *Kai Kalimalle*. Hänen tyyliltään kannustavasta, mutta samalla omaan vastuuseen opastavasta ohjaamistavasta olisi opittavaa myös työyhteisöissä. Yhteisesti haluan lausua kiitokseni niille tieteen ammattilaisille sekä lukuisille järjestöjohtajille ja muille yhteiskunnallisessa kehityksessä tiiviisti mukana oleville vaikuttajille, jotka ovat auttaneet havainnoimaan tämän päivän yhteiskunnallista todellisuutta.

Työyhteisöni tarpeista nousseet kysymykset ovat tehneet mahdolliseksi ylipäätänsäkin tämän tutkimuksen tekemisen. Ne ovat muodostaneet haastavan ja käytännönläheisen aihepiirin, jota ilman tuskin olisin viiden viimeisen vuoden viikonloppuja ja kesälomia uhrannutkaan. Läheisten työtovereitteni kärsivällisyys vastailla kysymyksiini ja kuunnella hapuilevia käsityksiäni avustuspolitiikasta on ollut arvostettavaa. Kiitokseni osoitan siten sekä Raha-automaattiyhdistykselle että työtovereilleni. Kiitokseni ansaitsevat myös ne henkilöt, jotka ovat avustaneet minua tekstin saattamisessa julkaisukelpoiseen muotoon.

Läheisteni huomioiminen ei erikseen tarvitse kirjallisia julkilausumia.

Mankkaalla 21.8.2007

Esko Romppainen

---

[4] EYVL, L 376, 27.12.2006, s. 36.

Sisällys

SAATTEEKSI V
SISÄLLYS IX
LÄHTEET XVII
LYHENTEET XXXVII

I TUTKIMUSTEHTÄVÄ JA -METODI 1

1 TUTKIMUSTARPEEN MUODOSTAVAT YHTEISKUNNALLISET ONGELMAT 3

2 TUTKIMUSTEHTÄVÄ JA SEN RAJAUKSET 19

3 TUTKIMUSMETODISTA 27
3.1 Voimassa olevan oikeuden määrittelyä 27
3.2 Oikeuslähdeteoriasta ja oikeusnormien tulkinnasta 30
3.3 Tutkimuksen jäsennys ja etenemistapa 36

4 SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖJEN YHDISTYS-OIKEUDELLINEN PERUSTA 41
4.1 Sosiaali- ja terveysjärjestöjen toiminnasta 41
4.2 Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhdistysoikeudellinen perusta 47
4.2.1 Yhdistymisvapaus perusoikeutena 47
4.2.2 Yhdistyslain tavoitteet 49
4.2.3 Järjestömallit 52
4.2.4 Yhdistyksen oikeuskelpoisuus 55
4.2.5 Yhdistyksen taloudellinen toiminta 57
4.2.6 Yhdistysautonomia 61
4.3 Aatteellisten järjestöjen yleishyödyllisyydestä 64

5 JÄNNITTEIDEN HALLINTA 75
5.1 Tulkintametodin jännitteet 76
5.1.1 EY:n oikeuden tulkinta ja perinteinen laintulkintaoppi 76
5.1.2 EY-oikeuden hyväksyttävyyttä koskeva jännite 79
5.2 Perusoikeudet lain säätämisessä ja soveltamisessa 83
5.2.1 Perusoikeus kansallisessa ja EY:n oikeudessa 83
5.2.2 Perustuslainmukaisuuden kontrolli 87
5.2.3 Perusoikeusmyönteinen laintulkinta 88
5.2.4 Perusoikeudet EY:n oikeutta sovellettaessa 90

5.3 Oikeusperiaatteet ratkaisutoiminnassa 97
5.3.1 Tavoitteet ja periaatteet 97
5.3.2 Perusoikeuksien painoarvo punnintatilanteessa 102
5.3.3 Perusvapauksien ja perusoikeuksien rajoitusperusteet 104
5.4 Suhteellisuusperiaatteen käyttö tulkinnassa 112

II HANKINTASÄÄNNÖT TUTKIMUKSEN KIINNEKOHTANA 119

1 HANKINTALAINSÄÄDÄNNÖN KEHITYS 121

2 EY:N SISÄMARKKINATAVOITTEET JA HANKINTA-SÄÄNNÖKSET 127

3 EY-OIKEUDEN VAIKUTUS HANKINTASÄÄNNÖKSIIN 131

4 HANKINTALAIN TAVOITTEET JA PERIAATTEET 137

5 HANKINTATOIMEN SOSIAALISET JA MUUT YHTEIS-KUNNALLISET TAVOITTEET 145

6 HANKINTASOPIMUS 149

7 HANKINTAYKSIKÖT 153
7.1 Erityisesti julkisoikeudellinen laitos 153
7.2 Hankintayksikön rahoituksen osuus hankinnasta yli puolet 159

8 HANKINTALAIN SOVELTAMISEN POIKKEUSTILANTEITA ... 163
8.1 Toimitiloja koskevat vuokrasopimukset 163
8.2 Tutkimus- ja kehittämispalveluja koskevat sopimukset 165
8.3 Sidosryhmähankinta 168
8.4 Erityis- ja yksinoikeus 171
8.5 Syrjimättömyysvelvoite erityis- ja yksinoikeuteen perustuvassa palveluhankinnassa 173

9 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUHANKINTAA KOSKEVA MENETTELY 177
9.1 EU:n ja kansalliset kynnysarvot 177
9.2 Sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevat hankintalain säännökset 181
9.2.1 Lain rakenteesta 181
9.2.2 Hankinnasta ilmoittaminen 183
9.2.3 Tarjouspyyntö sekä tarjoajien ja tarjouksen valinnasta ... 186
9.3 Erityisesti neuvottelumenettely 189
9.4 Erityisesti suorahankinta 194

III JULKISEN VALLAN VASTUU SOSIAALI- JA TERVEYS-PALVELUISTA 199

1 JOHDANTO 201

2 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUT PERUSOIKEUTENA 205
2.1 Sosiaaliset perusoikeudet Suomen perustuslaissa 205
2.2 Julkisen vallan turvaamistehtävä 208
2.3 Subjektiiviset vs. määrärahasidonnaiset oikeudet 210

3 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUJEN JÄRJESTÄMINEN 215
3.1 Kuntalain arvot ja -tavoitteet 215
3.2 Sosiaali- ja terveydenhuollon tavoitteet 218
3.3 Kunnan tehtävät ja päätöksenteko 219
3.4 Palvelujen järjestämisen vastuu ja vaihtoehdot 222
3.5 Julkisen hallintotehtävän siirto 226
3.6 Palvelujen sisältö 230
3.6.1 Sosiaalihuollon palvelut 230
3.6.2 Terveydenhuollon palvelut 234
3.7 Palvelujen rahoitus 236
3.7.1 Verotusoikeus 236
3.7.2 Valtionosuus 237
3.7.3 Asiakasmaksut 239

4 ASIAKKAAN JA POTILAAN ASEMAA TURVAAVA LAINSÄÄDÄNTÖ 241
4.1 Henkilöstön kelpoisuusehdot ja toiminnan valvonta 241
4.2 Integriteettiperiaate sosiaalioikeudessa 242

5 SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖT JA KUNTIEN JÄRJESTÄMISVASTUU 249
5.1 Raha-automaattiyhdistys julkisessa palvelujärjestelmässä 249
5.2 Avustusten myöntämisen edellytykset arpajaislaissa ja avustuslaissa 252
5.3 RAY:n avustustoiminnan strategia ja periaatteet 257
5.4 Järjestöt sosiaalilainsäädännön kehityksessä 261
5.5 Raha-automaattiavustusten käyttö ja julkisyhteisöjen rahoitusvastuu 263
5.6 Kuntien vastuu sosiaali- ja terveyspalvelujen rahoituksesta 267
5.7 Järjestön toiminnan tarkoitus ja palvelujen tuottaminen 271

IV SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUT ELINKEINO-TOIMINTANA 273

1 JOHDANTO 275

2 ELINKEINOTOIMINNAN HARJOITTAMISEN OIKEUS 277
2.1 Elinkeinonvapaus perusoikeutena 277
2.2 Elinkeinon harjoittamisen oikeus ja yleishyödylliset yhteisöt ... 279

3 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUJEN ERITYISSÄÄNTELY ... 285
3.1 Toimialakohtaisesta sääntelystä yleisesti 285
3.2 Yksityisten sosiaalipalvelujen valvonta 286
3.3 Yksityisen terveydenhuollon palvelujen valvonta 289
3.4 Ammattihenkilöstön valvonta 290

4 MARKKINASÄÄNTELY 293
4.1 Kilpailuoikeuden tavoitteista 293
4.2 Kilpailusääntöjen sisällöstä 295
4.3 Taloudellinen toiminta ja yritys EY:n oikeudessa 300
4.3.1 Taloudellinen toiminta 300
4.3.2 ”Yritys” perustamissopimuksessa 303
4.3.3 Yrityksen toiminnan sosiaalipoliittinen ulottuvuus 308
4.4 Kilpailunrajoituslain tarkoittama elinkeinonharjoittaja 310
4.5 Sisämarkkina- ja kilpailusäännöt sekä sosiaali- ja terveysjärjestöt 314
4.6 Markkinoiden oikeudellinen määrittely 316
4.6.1 Toimiva ja terve kilpailu 316
4.6.2 Merkityksellisten markkinoiden määrittely EY:n kilpailuoikeudessa 321
4.6.3 Merkitykselliset markkinat Suomen kilpailu-oikeudessa 323
4.6.4 Markkinoiden tehokkuus 325
4.6.5 Monopoli markkinatilanteena 327
4.6.6 Markkinoille tulon ja niiltä poistumisen esteistä 330

5 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUMARKKINOIDEN TOIMIVUUDESTA 333
5.1 Sosiaali- ja terveyspalveluissa näennäismarkkinat 335
5.2 Yksityinen tarjonta lisääntyy hitaasti 339
5.3 Julkisilla avustuksilla markkinoita ohjaava vaikutus 341
5.4 Kokoavia johtopäätöksiä 342

6 EY:N OIKEUS JA JÄRJESTÖJEN JULKISET TUET 347
6.1 Valtion tuki EY:n oikeudessa 348

6.1.1 Tukien kielto sekä perustamissopimuksen vapausoikeudet 348
6.1.2 Yritys valtiontukisääntöjen soveltamisessa 351
6.1.3 Perustamissopimuksen hyväksymät tuet 352
6.1.4 Tuen kauppa- ja kilpailuvaikutus 356
6.1.5 Poikkeukset notifikaatiovelvoitteesta 361
6.1.6 Komission valvontatehtävä 365
6.1.7 Luottamuksensuoja ja laittoman tuen takaisinperintä 367
6.2 Raha-automaattiavustukset valtion tukina 370
6.2.1 Avustuslain tehtävä suhteessa muuhun avustus- ja tukilainsäädäntöön 370
6.2.2 Raha-automaattiavustukset valtion tukina 372
6.3 Kilpailusäännöt ja julkiset tuet 379
6.3.1 Kilpailunrajoituslain ja EY:n kilpailusääntöjen soveltamisen järjestys 380
6.3.2 Julkiset tuet kilpailunrajoituslain soveltamisessa 383
6.3.3 Vähäinen vaikutus kilpailuun ja markkinoiden toimintaan 386
6.4 Julkiset tuet hankintamenettelyssä 389

7 JULKISTA TUKEA KOSKEVAT MÄÄRÄYKSET RAY:N AVUSTUSTOIMINNAN ESIMERKKITAPAUKSISSA 397
7.1 Avustuksen myöntäminen kunnan kilpailuttaessa palveluja 397
7.2 Avustus yleishyödylliselle järjestölle palvelun hankkimiseksi .. 399
7.3 Järjestö myy palveluja suoraan kuluttajille tai yhteisöille 402
7.4 Järjestö tuottaa palveluja ilman erityistä sopimusta kunnan kanssa 403
7.5 Varat viranomaisyksikölle palvelujen hankintaa varten 408

V JULKISEN PALVELUN TEHTÄVÄ JA TEHTÄVÄN RAHOITUS 409

1 JOHDANTO 411

2 SOSIAALITURVAJÄRJESTELMÄÄ KOSKEVA KANSALLINEN PÄÄTÖSVALTA 413
2.1 Kansallista päätösvaltaa rajoittavat tekijät 413
2.2 Voittoa tavoittelemattomat organisaatiot sosiaaliturva-järjestelmän toteuttajina 417

3 JULKISTA PALVELUA KOSKEVA TEHTÄVÄ JA EY:N OIKEUS 421
3.1 Valtioon läheisessä suhteessa olevat yritykset palvelujen tuottajina 422
3.2 Yleishyödyllinen palvelu perustamissopimuksen 86(2) artiklan mukaan 426

3.3 Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu 428
3.4 Julkisen palvelun velvoitteen antaminen 432
3.5 Julkisen palvelun velvoitteen rahoitus 434
3.6 Välttämättömyystesti ja vaikutus kaupan kehitykseen 437
3.7 Komission valvontatehtävä 444

4 ARVIOINTIA JULKISESTA PALVELUTEHTÄVÄSTÄ SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUISSA 449
4.1 Julkisen palvelun tehtävä ja viranomaisvastuu 449
4.2 Sosiaali- ja terveyspalvelu yleishyödyllisenä palveluna 452
4.3 Yksinoikeuden antamisen oikeudellisista edellytyksistä 457
4.4 Yksinoikeuden välttämättömyys 461
4.5 Julkisen palvelun tehtävän kilpailuttamisvelvollisuus 466

VI KOKOAVAT JOHTOPÄÄTÖKSET JA POHDINTAA 473

1 PERUSOIKEUKSIEN TOTEUTUMISEN VASTUU 477
1.1 Perusoikeusjärjestelmä 477
1.2 Perusoikeudet ja EY:n oikeus 480
1.3 Sosiaali- ja terveyspalvelun järjestämistavan vaihtoehdot 483
1.4 Järjestöjen asema perusoikeuksien toteuttamisessa 484
1.5 Raha-automaattiavustusten käyttö palvelujen järjestämisessä ... 487

2 SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖT JA KILPAILUVASTUU 491
2.1 Sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoiden toimivuus 491
2.2 Kilpailuttamisvelvollisuus ja aatteelliset järjestöt 493
2.3 Kilpailuttamisvelvollisuus sosiaali- ja terveyspalvelu-hankinnoissa 495
2.4 Eräitä poikkeuksellisia sopimuksia koskeva kilpailuttamis-velvollisuus 498
2.5 Raha-automaattiavustukset ja julkisen tuen säännöt 503
2.6 Julkisten tukien huomioon ottaminen kilpailuttamisessa 507

3 JÄRJESTÖJEN ERITYISASEMAN VAIHTOEHDOISTA 511
3.1 Sosiaaliturvajärjestelmän toteuttajina vain järjestöt 512
3.2 Sosiaali- ja terveysjärjestöt julkisen palvelun suorittajina 516

4 PERUSOIKEUDET SEKÄ SOSIAALI- JA TERVEYS-PALVELUJA KOSKEVA HANKINTAMENETTELY 521
4.1 Perusoikeuksien keskinäisten jännitteiden hallinta 521
4.2 Hankintamenettelyn valinnasta 525
4.3 Neuvottelumenettelyn käyttö 530
4.4 Suorahankinnan käyttö 532

LOPUKSI 539
SUMMARY 541
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO 551
ASIAHAKEMISTO 559

Lähteet

Kirjallisuus

Aalto-Setälä, Ilkka – Kärkkäinen, Hannu K. – Lehto, Petri – Petäjäniemi – Björklund, Anne – Stenborg, Markku: Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, Helsinki 2001.

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria, Helsinki 1989.

Aarnio, Aulis: Laki, teko ja tavoite, Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamissa, Forssa 1975.

Aarnio, Aulis: Mitä lainoppi on?, Helsinki 1978.

Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta: tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä, Helsinki 1982.

Aarnio, Aulis: Lain ja kohtuuden tähden, Porvoo 1986.

Aarnio, Aulis: The Rational as Reasonable, A Treatise on Legal Justification, Dordrecht, Holland 1987.

Aarnio, Aulis: Oikeusvaltio – tuomarivaltio?, teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): Oikeusvaltio, Helsinki 2002.

Ahlborn, Christina – Berg, Claudia: Can State Aid Control Learn from Antitrust? The Need for a Greater Role for Competition Analysis under the State Aid Rules, in Biondi, Andrea – Eeckhout, Piet – Flynn, James (eds): The law of state aid in the European Union, Oxford 2004.

Airaksinen, Manne: Avoin yhtiö ja kommandiittiyhtiö, teoksessa Rissanen, Kirsti – Airaksinen, Manne – Bärlund, Juhan – Castrén, Martti – Harju, Ilkka – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kivivuori, Antti – Kuoppamäki, Petri – Mähönen, Jukka – Villa, Seppo – Wilhelmsson, Thomas: Yritysoikeus, Helsinki 2006, s. 137–201.

Airaksinen, Manne – Jauhiainen, Jyrki: Yritystoiminta yhdistyksissä, teoksessa Rissanen, Kirsti – Airaksinen, Manne – Bärlund, Juhan – Castrén, Martti – Harju, Ilkka – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kivivuori, Antti – Kuoppamäki, Petri – Mähönen, Jukka – Villa, Seppo – Wilhelmsson, Thomas: Yritysoikeus, Helsinki 2006, s. 499–509.

Alanen, Jouni: Tavaroiden vapaa liikkuvuus Euroopan unionissa, Helsinki 2002.

Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation, The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification, Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick, Oxford 1989.

Alexy, Robert: Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännön järki, Lakimies 5/1989, s. 618–633. (*Alexy,* 1989b)

Alexy, Robert: On the Structure of Legal Principles, Ratio Juris. Vol. 13 No. 3 September 2000, s. 294–304.

Alexy, Robert: A Theory of Constitutional Rights, Oxford 2002.

Alkio, Mikko – Wik, *Christian*: Kilpailuoikeus, Helsinki 2004.

Allroth, Emanuel: Är det svenska spelmonopolet i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen?, i Meyrowitsch, Anna – Allroth, Emanuel – Hettne, Jörgen: EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid, Rapport nr 6:2005, Stockholm i oktober 2005.

Anestis, Paris – Mavroghenis, Stephen – Psaraki, Eleftheria: Public funding of broadband services, julkaisussa The European Antitrust Review 2007, Global Competition Review, s. 44–47.

Arajärvi, Pentti: Toimeentuloturvan oikeellisuus, Helsinki 2002.

Arhold, Christoph: The Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance

on State Aids in 2005/2006 (*Part I*), European State Aid Law Quarterly, Berlin 2006, s. 213–255.

Arrow, Kenneth: Uncertainty and Welfare Economics of Medical Care, American Economic Review (1963):5, s. 89–121.

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement, London 2005.

Arrowsmith, Sue: An assessment of new legislative package on public procurement, in Common Market Law Rewiew, Volume 41, The Netherlands 2004, s. 1277–1325.

Bedford, Becket: Powers of the EC Commission, in Tyrrell, Alan – Bedford, Becket: Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies, London 1997.

Bernitz, Ulf: Marknadsrätt, En komparativ studie av marknadslagstiftningens utveckling och huvudlinjer, Stockholm 1969.

Bernitz, Ulf – Tiili, Virpi: Suomalainen ja kansainvälinen markkinaoikeus, Helsinki 1974.

Blum, Francoise – Logue, Anne: State monopolies under EC law, Chichester 1996.

Bovis, Christopher H.: The new public procurement regime of the European union: a critical analysis of policy, law and jurisprudence, (2005) 30 E.L.Rev. Oct © Sweet & Maxwell and Contributors 2005.

Bovis, Christopher H.: Developing public procurement regulation: Jurisprudence and its influence on law making, in Common Market Law Rewiew, Volume 43, The Netherlands 2006, s. 461–495.

Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja N:o 14, Helsinki 1938.

Castrén, Martti: EU-Suomen markkinaoikeus, Kauppakaari Oy, Helsinki 1997.

Collings, Lawrence: European Community Law in the United Kingdom, London 1990.

Craig, Paul – de Búrca, Gráinne: EU Law. Text, Cases, and Materials, Second Edition, Oxford 1998.

Cox, Andrew: Public Procurement in the European Community: Volume 1: The Single Market Rules and the Enforcement Regime After 1992, Hull 1993.

Davies, Gareth: The Process and Side-Effects of Harmonisation of European Welfare States, Jean Monnet Working Paper 02/06. (*Davies*, 2006a)

Davies, Gareth: Subsidiarity: The wrong idea, in the wrong place, at the wrong time, in Common Market Law Rewiew, The Netherlands 2006, s. 63–84. (*Davies*, 2006b)

Draganic, Ivan: State Aid or Compensation for Extra Cost: Tuning the Test of Proportionality in EC Competition Law, European State Aid Law Quarterly, Berlin 2006, s. 683–694.

Dworkin, Ronald: Taking rights seriously, London 1978.

Ervasti, Kaius: Eräitä näkökohtia empiirisen tiedon hyväksikäyttämisestä oikeustieteessä, Lakimies, 3/1998, s. 364–388.

Ervasti, Kaius: Lainkäytön funktiot, Lakimies, 1/2002, s. 47–72.

Esping-Andersen, Gøsta: Social Foundations of Postindustrial Economies, Oxford 1998.

Fisher, Franklin M.: Market Definition: a User's Guide, Workshop on Market Definition, The 4th Nordic Competition Policy Conference, Helsinki 5 October 2001, Finnish Competition Authority, Helsinki 2002, s. 38–54.

Fredman, Sandra: Transformation or Dilution: Fundamental Rights in EU Social Space, European Law Journal, Vol. 12, No. 1, January 2006, s. 41–60.

Gambaro, Edoardo – Nucaram, Alessandro – Prete, Luca, "Pearle: so much Unsaid!", European State Aid Law Quarterly, Berlin 2005, s. 3–15.

Granqvist, Nina: Privatisering i princip och praktik. En studie av privata inslag i finländska kommuners verksamhet, Åbo 1997.

Haapaniemi, Pekka: Hovioikeuden velvollisuudesta pyytää ennakkoratkaisu EY-tuomioistuimelta – Costa v. ENEListä Lyckeskogiin, Lakimies, 5/2003, s. 829–840.

Halila, *Heikki*: Heikki Toiviaisen kirjan Yhdenvertaisuus yhdistyksissä arviointi, Defensor Legis, 1983, s. 78–83.
Halila, *Heikki*: Kanava, 12 (1984): 8, s. 474–479.
Halila, *Heikki*: Yhdistysoikeutta oikeuskäytännön valossa, Lakimies 3/1987, s. 241–292.
Halila, Heikki: Piirteitä yhdistyslain uudistamisesta, Lakimies 8/1989, s. 1121–1162.
Halila, Heikki: Politiikkaa juridiikan kahleissa: yhdistys- ja eduskuntavaalilainsäädäntö politiikan kuvastimessa, Helsinki 1991.
Halila, Heikki: Laki ja etujärjestöt, Oikeudellisia näkökohtia elinkeinoelämän järjestöjen kehittämisestä, Defensor Legis, 1991, s. 303 – 315. (*Halila,* 1991a)
Halila, Heikki: Toimivaltajako yhdistyksissä, Helsinki 1993.
Halila, Heikki – Tarasti, Lauri: Yhdistysoikeus, Helsinki 2006.
Hallberg, Pekka: Perusoikeusjärjestelmä, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Pekka: Perusoikeudet, Helsinki 1999.
Hannus, Arno – Hallberg, Pekka: Kuntalaki, Helsinki 2000.
Hart, Herbert Lionel Adolphus: The Concept of Law, Oxford 1994.
Hartley, T. C.: The Foundations of European Community Law, An Introduction To The Constitutional and Administrative Law Of The European Community, Fifth Edition, Oxford 2003.
Harjula, Heikki – Prättälä, Kari: Kuntalaki, Helsinki 2004.
Hatzopoulos, Vassilis – Do, Thien Uyen: The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000 – 2005, in Common Market Law Rewiew, The Netherlands 2006, s. 923–991.
Hautamäki, Veli-Pekka: Perustuslain auktoritatiivinen tulkinta, Oikeusvertaileva tutkimus perustuslain tulkinnan auktoritatiivisista instituutioista ja niiden käyttämästä argumentaatiosta Suomessa ja Norjassa, Helsinki 2002.
Hautamäki, Veli-Pekka: EY-tuomioistuin aktiivinen lain tulkitsija, Mielipide, Helsingin Sanomat 24. syyskuuta 2004.
Helander, Voitto – Laaksonen, Harri: Suomalainen kolmas sektori, Rakenteellinen erittely ja kansainvälinen vertailu, Helsinki 1999.
Helander, Voitto: Paikallisyhdistykset kunta-areenalla, KuntaSuomi 2004 -tutkimuksia nro 45, Helsinki 2004.
Hellsten, *Jari*: Sosiaalisen asuntotuotannon tuesta EU:n kilpailusääntöjen valossa, Muistio ympäristöministeriön toimeksiannosta, 16.6.2004 (kirjoittajan arkistossa).
Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti, Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista, Helsinki 1998.
Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I, Helsinki 2003.
Hemmo, Mika: Sopimusoikeuden yleiset opit ja kilpailuoikeus, Lakimies 7–8/2006, s. 1134–1157.
Hemström, Carl: Organisationernas rättsliga ställning om ekonomiska och ideella föreningar, Stockholm 1996.
Hemström, Carl: Uteslutning ur ideell förening, Stockholm 1972.
Heuru, Kauko: Kunta perusoikeuksien toteuttajana, Helsinki 2002.
Hidén, *Mikael*: Perusoikeuksien yleiset opit, Lakimies 5–6/1966, s. 759–760.
Hidén, Mikael – Saraviita, Ilkka: Valtiosääntöoikeuden pääpiirteet, 6. uudistettu painos, Helsinki 1994.
Hidén, *Mikael*: ”Normaali, kohtuullinen, järkevä” ja muita kuvauksia, Hajahuomioita suhtautumisesta perusoikeussuojan rajanvetokriteereihin, Lakimies 7–8/2002, s. 1168–1184.
Hokkanen, Joni – Kettunen, Aija – Piirainen, Keijo: Järjestöjen yhtiöittäminen, Syitä ja seurauksia, Diakonia-ammattikorkeakoulu, Pieksämäki 2005.
Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa, Oikeudellinen rakennetutkimus, Helsinki 1969.
Huovila, Mika: Periaatteet ja perustelut, Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna, Helsinki 2003.

Husa, Jaakko: Valtiosääntöoikeuden luonne, yleiset opit ja poikkeuslaki-instituutio – suuntaviivoja uudelle systematiikalle?, Lakimies 2/2007, s. 183–207.
Häyhä, Juha: Johdanto, teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini, Helsinki 1997.
Immonen, Niina: Yhteisötalous Suomessa, Sisäpiirin slangia vai uutta yhteistyön taloutta, Tampere 2006.
Joutsamo, Kari: The Role of Preliminary Rulings in the European Communities, Helsinki 1979.
Joutsamo, Kari: Euroopan yhteisö – Eurooppaoikeus, Helsinki 1991.
Joutsamo, Kari – Aalto, Pekka – Kaila, Heidi – Maunu, Antti: Eurooppaoikeus, Helsinki, 2000, (*Joutsamo ym.*)
Jyränki, Antero: Vuosien 1970–1974 valtiosääntökomitea: mitkä tavoitteet ovat toteutuneet, Lakimies 6–7/1999, s. 856–866.
Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme, Turku 2000.
Jyränki, Antero: Oikeusvaltio ja demokratia, teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): Oikeusvaltio, Helsinki 2002.
Kaila, Heidi: Ajankohtaista eurooppaoikeutta – Akuellt inom Europarätten, Defensor Legis, 2/2003, s. 302–311. (*Kaila* 2003a)
Kaila, Heidi: Ajankohtaista eurooppaoikeutta – Akuellt inom Europarätten, Defensor Legis, 3/2003, s. 497–511. (*Kaila* 2003b)
Kalima, Kai: Kunnan talous: tutkimus kunnan taloudenhoidon oikeudellisista perusteista, Helsinki 1988.
Kalima, Kai: Julkiset hankinnat ja Eurooppaoikeus, Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja n:o 17, Helsinki 1996.
Kalima, Kai: Julkisyhteisöjen hankintatoimi, Helsinki 2001.
Kalima, Kai – Häll, Maija: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, Helsinki 2007.
Kalima, Kai: Oikeudenkäyntien kokonaiskestoksi kuusi, jopa kahdeksan vuotta? Pätemättömyysvaikutus ulotettava kunnan hankintasopimuksiin, artikkeli, Kuntalehti 13/2006.
Kalliomaa-Puha, Laura: Julkisten hankintojen kansainvälinen sääntely, Helsingin yliopisto, Helsinki 1992.
Kangas, Urpo: Lesken oikeudellinen asema, Helsinki 1982.
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.), Näkökulmia oikeustaloustieteeseen 2, Helsinki 1998.
Kanniainen, Vesa; Puhtia hyvinvointiyhteiskunnan purjeisiin, Peruspalveluja uudella tavalla, Helsinki 2002.
Karapuu, Heikki – Jyränki, Antero: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö, Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 62 – 110.
Karhu, Juha: Perusoikeudet ja oikeuslähdeoppi, Lakimies 5/2003, s. 789–807.
Kari, Matti – Markwort, Jari, Kolmas sektori EU:ssa ja eräissä Euroopan maissa, RAY:n avustustoiminnan raportteja 14, Helsinki 2004.
Kari, Matti – Pakaslahti, Johannes: EU-Suomen sosiaaliturvajärjestelmä, Helsinki 2003.
Kari, Matti – Saari, Juho: Sosiaalinen Eurooppa, Euroopan unionin sosiaalipolitiikka, Helsinki 2005.
Kauppinen, Sari – Niskanen, Tapani: Yksityinen palvelutuotanto sosiaali- ja terveyshuollossa, Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus STAKES, raportteja 288, Helsinki 2005.
Kauti, *Terhi*: Kunnan sosiaali- ja terveystoimen hankintojen ohjausjärjestelmä, muistio, Helsingin yliopisto, 3.4.2002 (kirjoittajan arkistossa).
Kelsen, Hans: Puhdas oikeusoppi, Porvoo 1968.
Kittilä, Riitta: Sosiaali- ja terveysjärjestöjen kilpailuttamiskokemukset, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY r.y., päiväämätön vihkonen.
Kilpi, Lassi: Yleishyödyllisten ja aatteellisten yhteisöjen verovapaudesta, Defensor Legis, 1974, s. 211–241.

Kivivuori, Antti: Euroopan energiaoikeuden lähtökohdat, Helsinki 1993.
Klami, Hannu Tapani: Methodological Problems in European and Comparative Law, Helsinki 1997.
Klami, Hannu Tapani: Päätösteoria juridisen argumentaation punninnassa, teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini, Porvoo 1997. (*Klami* 1997a)
Klami, Hannu Tapani: Omavaraisuus ja oikeuslähdeoppi – kaksi visiota, Lakimies 6–7/1998, s. 992–1001.
Kleis, Maria – Nicolaides, Phedon: The Consept of Undertaking in Education and Public Health Systems, European State Aid Law Quarterly, Volume 5 Number 3, Berlin 2006, s. 505–508.
Knook, Allard: The Court, the Charter, and the vertical division of powers in the European Union, julkaisussa Common Market Law Rewiew, 2005, The Netherlands 2005, s. 367–398.
Koivusalo, Meri: Terveyspalvelut ja kilpailuttamisen kansainväliset ulottuvuudet, teoksessa Ollila, Eeva – Ilva, Minna – Koivusalo, Meri (toim.): Kilpailuttaminen sosiaali- ja terveyspolitiikan näkökulmasta, Stakes, Raportteja 276, Helsinki 2003.
Konstari, Timo: Harkintavallan väärinkäytöstä, Tutkimus tarkoitussidonnaisuudesta hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena, Helsinki 1979.
Kortelainen, Jukka: Pajatso ja kansanterveys, Raha-automaattiyhdistys 1938–1988, Porvoo 1988.
Kuoppamäki, Petri: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö ja fuusiovalvonta EY:n kilpailuoikeudessa, Helsinki 1992.
Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeuden perusteet, Helsinki 2000.
Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa, Helsinki 2003.
Kuuskoski, Eeva: Vertaistoiminta osana ihmisyyttä, teoksessa Niemelä, Jorma – Dufva, Virpi (toim.): Hyvinvoinnin arjen asiantuntijat: sosiaali- ja terveysjärjestöt uudella vuosituhannella, Jyväskylä 2003.
Kärkkäinen, Hannu K.: Julkisten hankintojen opas, Suomen hankintalainsäädäntö ja siihen perustuvat menettelyt, Helsinki 1966.
Lackhoff, Klaus – Nyssens, Harold: Direct Effect of Directives in Triangular Situations, European Law Review, Volume 29 No. 5, October 1998, s. 397–413.
Lahti, Pirkko: Järjestöjen edunvalvonta, teoksessa Niemelä, Jorma – Dufva, Virpi (toim.): Hyvinvoinnin arjen asiantuntijat: sosiaali- ja terveysjärjestöt uudella vuosituhannella, Jyväskylä 2003.
Lang, John Temple: What Powers Should the European Community Have? European Public Law, Volume 1, Issue, 1, March 1995.
Lang, John Temple: Community Constitutional Law, Article 5 EEC Treaty. Common Market Law Review, Volume 27, Number 4, Winter 1990, s. 645–681.
Lang, John Temple: Practical Consequences of the Legal Duties of Member States to Cooperate with the Community Institutions. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 1991, s. 348–370.
Laurinen, Elina: Julkisten palveluhankintojen sääntely ja vaikutukset Suomessa osana Euroopan sisämarkkinoiden toimintaa, Turku 1997.
Lehtimaja, Lauri: Eduskunnan oikeusasiamies perus- ja ihmisoikeuksien valvojana, Lakimies 6–7/1999, s. 897–907.
Lehto Juhani: Uusi julkissektorin hallinta – New Public Management, Uusi julkissektorin hallinta ja kilpailuttaminen sosiaali- ja terveydenhuollossa, teoksessa Ollila, Eeva – Ilva, Minna – Koivusalo, Meri (toim.): Kilpailuttaminen sosiaali- ja terveyspolitiikan näkökulmasta, Stakes, Raportteja 276, Helsinki 2003.
Lievonen, Kirsi-Marja: Kuntien hankinnat ja uudet palveluntuottajat, Turku 1997.
Lievonen, Kirsi-Marja: Kuntien palvelu- ja rakennusurakkahankintojen kilpailuttaminen, Kunnallistieteellinen aikakausikirja 2/97.

Lindberg, Rainer: Elinkeinonharjoittajan käsite kilpailuoikeudessa, Kilpailuviraston selvityksiä 1/2006, Helsinki 2006.

Lindfors, Teemu: EY-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkisten hankintojen sääntelyn tulkinnassa, Lakimies 1/2005, s. 23–48.

Lindfors, Teemu: Oikeudellisia näkökohtia julkisyhteisöjen hankintatoimen kustannustehokkuudesta, Valtionvarainministeriö, Tutkimukset ja selvitykset 1/2004.

Linna, Tuula: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda, Helsinki 1987.

Linnakko, *Eero*: Sosiaali- ja terveysala, teoksessa Lundström, Ilona (toim.): Parasta palvelua, Suomen Kuntaliitto, Helsinki 2003. (Parasta palvelua)

Luoma, K. – Räty, T. – Moisio, A. – Parkkinen, P. – Vaarama, M. – Mäkinen E.: Seniori-Suomi, Ikääntyvän väestön taloudelliset vaikutukset, Sitran raportteja, Sitra, Helsinki 2003. (*Luoma ym.*)

Makkonen, Kaarle, Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia, Helsinki 1981.

Makkonen, Kaarle: Luentoja yleisestä oikeustieteestä, Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja n:o 16, Helsinki 1998.

MacCormick, Neil: Legal reasoning and legal theory, Oxford 1978.

Maunu, Antti: Direktiivin oikeusvaikutukset kansallisessa viranomaisessa ja tuomioistuimessa – toteutuuko yhteisön oikeuden tehokkuus? Defensor Legis, 1/1999, s. 169–181.

Matthies, Aila-Leena: Ekonomistisen ja eettisen vuoropuhelu, teoksessa Hokkanen, Liisa – Kinnunen, Petri – Siisiäinen, Martti (toim.): Haastava kolmas sektori, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto, Jyväskylä 1999.

McCrudden, Christopher: Social Policy Issues in Public Procurement: A Legal Overview, in Arrowsmith, Sue – Davies, Arwel (eds): Public Procurement: Global Revolution, London 1998.

McCrudden, Christopher; esitelmä julkisia hankintoja koskevassa seminaarissa, Nottinghamin yliopisto 2.6.2006 (kirjoittajan arkistossa).

Melin, Tuomo – Paunio, Pekka: Markkinoiden toimivuus II, Lainsäädännöllinen sääntely, julkinen tuki ja verotus sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoilla., Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 19/2001, Helsinki 2001.

Mentula, Arttu – Saraste, Tuomas: Julkisen palveluvelvoitteen ja kilpailusääntöjen välinen suhde, Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 8/1999, Helsinki 1999.

Mentula, Arttu – Pokela, Hannu – Saraste, Tuomas: Määräävän markkina-aseman väärinkäyttö kilpailuoikeudessa, Helsinki 1998.

Merikoski, V.: Hallinto-oikeudellinen tutkimus yhdistymisvapaudesta, Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 4, Helsinki 1935.

Merikoski, V. – Kurkela, Pentti: Yhdistyslainsäädäntö selityksineen, Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja, B-sarja N:o 66, Porvoo 1955.

Merikoski, V.: Suomen julkisoikeus pääpiirteittäin, Porvoo 1974.

Mokka, Roope – Neuvonen, Aleksi: Yksilön ääni, Hyvinvointivaltio yhteisöjen ajalla, Sitran Raportteja 69, Helsinki 2006.

Mononen, Marko: Määräävän markkina-aseman väärinkäytön arviointi, Helsinki 1995.

Murto, Lasse: Sosiaali- ja terveysjärjestöt hyvinvointipalvelujen tuottajina, teoksessa Niemelä, Jorma – Dufva, Virpi (toim.): Hyvinvoinnin arjen asiantuntijat: sosiaali- ja terveysjärjestöt uudella vuosituhannella, Jyväskylä 2003.

Murto, Lasse, Tiimi, Päihdealan erikoislehti 5/2005, Forssa 2005.

Muukkonen, P. J.: Sopimusvapauden käsitteestä, Lakimies 1956, s. 601–612.

Myllymäki, Arvo – Tetri, Eija: Raha-automaattiyhdistys kansalaispalvelujen rahoittajana, Helsinki 2001.

Myllymäki, Arvo: Kolmas sektori kilpailuyhteiskunnan hyvinvointipalvelujen täydentäjänä, Tampereen yliopisto, julkisoikeudellinen laitos, Tampere 2003.

Myllymäki, Arvo: Finanssihallinto-oikeus, Valtion ja kuntien varainkäyttö ja varainkäytön valvonta, Helsinki 2007.
Myrsky, Matti: Yleishyödyllisen yhteisön verotus, Helsinki 2003.
Mäenpää, Olli: Eurooppalainen hallinto-oikeus, Helsinki 2001.
Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus, Helsinki 2003.
Mäenpää, Olli: *Mäenpää,* Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet., Helsinki 2003. (*Mäenpää,* 2003b)
Mäenpää, Olli: Kansaneläkelaitoksen valtiosääntöisestä asemasta, Lakimies 6–7/1999, s. 1038–1048.
Möttönen, Sakari – Niemelä, Jorma: Kunta ja kolmas sektori, Yhteistyön uudet muodot, PS-kustannus, Keuruu 2005.
Mäkinen, Pentti – Paloranta, Paula – Pokela, Hannu – Vuori, Kristiina: Markkinaoikeuden perusteet, Helsinki 2006.
Määttä, Kalle: Oikeustaloustieteen perusteet, Helsinki 2006.
Määttä, Kalle: Julkisyhteisöjen toiminnot kilpailunrajoituslain tulkintahaasteena, Lakimies 7–8/2002, s. 1299–1311. (*Määttä*, 2006b)
Narikka, Jouko (toim.): Sosiaali- ja terveyspalvelujen lainsäädäntö käytännössä, Helsinki 2001.
Narikka, Jouko (toim.): Sosiaali- ja terveyspalvelujen lainsäädäntö ja rahoitus, Helsinki 2006.
Niemelä, Jorma – Dufva, Virpi (toim.): Hyvinvoinnin arjen asiantuntijat: sosiaali- ja terveysjärjestöt uudella vuosituhannella, Jyväskylä 2003.
Niemi, Matti Ilmari: Holismi ja konventionalismi, Lainopin keskeiset episteemiset käsitteet, Kolme tutkielmaa laista ja oikeudesta, osa 2/3. Lakimies 4/1998, s. 521–538.
Nieminen, Liisa: Eurooppalainen sosiaalioikeus, Sosiaalivaltiosta sosiaalipalveluvaltioksi, Helsinki 1998.
Niiranen, Vuokko: Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen – sosiaalipoliittinen näkökulma, Muistio, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry, Helsinki 2001.
Nikula, Paavo: Perusoikeudet ja lainsäädäntö, Lakimies 6–7/1999, s. 878–886.
Nylund, Marianne: Varieties of Mutual Support and Voluntary Action: a study of Finnish self-help groups and volunteers, Helsinki 2000.
Ojala, Marjo: EU-kilpailuoikeus, Helsinki 2005.
Ojanen, Tuomas: EY-oikeus jäsenvaltion oikeusjärjestyksessä, Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus EY-oikeuden valtionsisäisestä voimassaolosta, vaikutuksista ja asemasta, lisensiaatintutkimus, Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitos, Helsinki 1993.
Ojanen, Tuomas: The European Way, The Structure of National Court Obligation under EC Law, Helsinki 1998.
Ojanen, Tuomas: EY:n oikeuden perusvaikutuksista jäsenvaltioiden tuomioistuinten toiminnassa, Oikeustiede–Jurisprudentia XXXII:1999, s. 219–295.
Ojanen, Tuomas: EY:n oikeuden horisontaalinen välitön oikeusvaikutus, Lakimies 6–7/1999, s. 1070–1079.
Ojanen, Tuomas: Euroopan unioni ja kotimainen perusoikeusjärjestelmä, Lakimies 7–8/2003, s. 1149–1168.
Ojanen, Tuomas: EU-oikeuden perusteita, Helsinki 2006.
Pajukoski, Marja: Preventio, sosiaalioikeus ja kunnat – ehkäisevä sosiaalipolitiikka kuntia velvoittavassa lainsäädännössä, Helsinki 2006.
Palola, Elina – Särkelä, Riitta (toim.): Hyvinvointi United – FC Sisämarkkinat, Reilu Peli, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry, Helsinki 2006.
Partanen, Ismo: Sosiaalipalvelut, Toimialaraportti 2004, Kauppa- ja teollisuusministeriön ja TE-keskusten julkaisu, 2004.
Peczenik, Aleksander: The basis of legal justification, Lund 1983.

Pekkarinen, Jukka – Sutela, Pekka: Nationalekonomi, Vanda 2001.
Pekurinen, M. – Sintonen, H. – Linnakko, *E.*: Terveystaloustiede, Helsinki 1997.
Pellonpää, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus, Talentum Media Oy, Helsinki 2005.
Plender, Richard QC: Definition of Aid, in Biondi, Andrea – Eeckhout, Piet – Flynn, James (eds): The law of state aid in the European Union, Oxford 2004.
Pohjonen, Mika: Julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö, Järvenpää 2002.
Pokela, Hannu – Kuusniemi-Laine, Anna: Finnish competition law. Overview and recent developments, julkaisussa The European Antitrust Review 2007, Global Competition Review, s. 99–102.
Poteri, Riitta: Meissä on tytyä!, Selvitys valtakunnallisten sosiaali- ja terveysjärjestöjen toiminnasta, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY r.y., Helsinki 1998.
Prechal, Sacha: Directives in European Community Law, Oxford 1995.
Prieß, Hans-Joachim – Graf von Merveldt, Moritz: The impact of the EC state aid on secondary policies in public procurement, esitelmä seminaarissa Public Procurement Global Revolution III 19th–20th June 2006, University of Nottingham (Freschfield Bruckhaus Deringer) (kirjoittajan arkistossa).
Purasjoki, Matti – Virtanen, Martti: Is The Theory of Workable Competition Still Workable? i Marked, konkurranse og politik, Festkrifit till Egil Bakke, Bergen 1995.
Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu, Helsinki 1988.
Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuusoikeus, Helsinki 2000.
Rapp-Jung, Barbara: State Financing of Public Services – The Commission's New Approach, Is Altmark the rule or the Exception? European State Aid Law Institute, 2nd Experts' Forum on New Developments in European State Aid Law 2004, Berlin 2004.
Raitio, Juha: Eurooppaoikeuden periaatteet ja kilpailuoikeus, Lakimies 3/1999, s. 398–408.
Raitio, Juha: Euroopan unioni ja oikeusvaltio, teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim): Oikeusvaltio, Helsinki 2002.
Raitio, Juha: The Principle of Legal Certainty in EC Law, Dordrecht, Boston, London 2003.
Raitio, Juha: EU:n kehitys, periaatteet ja tavaroiden vapaa liikkuvuus, Helsinki 2004.
Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat, Hämeenlinna 2006.
Rasinmäki, Jorma: Yksityistäminen kunnallishallinnossa: hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista, Helsinki 1997.
Reich, Arie: International Public Procurement Law, The Evolution of International Regimes on Public Purchasing, Great Britain 1999.
Rifkin, Jeremy: Työn loppu: Teknologia, työpaikat, tulevaisuus (alkuperäinen teos: The end of work: the decline of the global labor force and the dawn of the post-market era, 1995), Porvoo 1997.
Rissanen, Kirsti: osat Markkinoiden säännöt ja Julkisen yritystoiminnan yksityistäminen, teoksessa Rissanen, Kirsti – Airaksinen, Manne – Bärlund, Juhan – Castrén, Martti – Harju, Ilkka – Jauhiainen, Jyrki – Kaisanlahti, Timo – Kivivuori, Antti – Kuoppamäki, Petri – Mähönen, Jukka – Villa, Seppo – Wilhelmsson, Thomas: Yritysoikeus, Helsinki 2006
Rissanen, Kirsti – Tiili, Virpi – Mäkinen, Pentti: Markkinaoikeuden perusteet: elinkeino-, kilpailu- ja kuluttajalainsäädäntö, Helsinki 1990.
Rizza, Cesare: *Rizza, Cesare*: The Financial Assistance Granted by Member States to Undertakings Entrusted with the Operation of Service of General Economic Interest, in The law of state aid in the European Union, Biondi, Andrea – Eeckhout, Piet - Flynn, James (toim.), Oxford 2004, p. 67 – 84.
Romppainen, *Esko*: Raha-automaattiyhdistys ja kilpailu – Tutkimus kilpailuoikeuden vaikutuksista RAY:n avustustoimintaan erityisesti silmällä pitäen sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisvelvoitetta, Avustustoiminnan raportteja 9, Raha-automaattiyhdistys, Espoo 2003.

Romppainen, *Esko*: Kilpailuneutraliteetti sosiaali- ja terveysjärjestöjen verotuksessa, Avustustoiminnan raportteja 12, Raha-automaattiyhdistys, Espoo 2004.

Rosas, *Allan*: Perus- ja ihmisoikeudet eurooppaoikeudessa, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 205 – 220.

Rosas, *Allan*: EU:n jäsenvaltioiden perus- ja ihmisoikeusvelvoitteet, Lakimies 6–7/1999, s. 908–910. (*Rosas*, 1999a)

Rousseva, Ekaterina: Modernizing by eradicating: How the Commission's new approach to Article 81 EC dispenses with the need to apply Article 82 EC to vertical restraints, in Common Market Law Rewiew, 2005, The Netherlands 2005, s. 587–638.

Ross, Alf: Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi, København 1966.

Rönnberg, Leif: Eriytynyt ja moniulotteinen kolmas sektori, teoksessa Hokkanen, Liisa – Kinnunen, Petri – Siisiäinen, Martti (toim.): Haastava kolmas sektori, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto, Jyväskylä 1999.

Saari, Juho: Uusi aikakausi: yhdentyvä Eurooppa ja sosiaalipolitiikka, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto, Helsinki 2003.

Sakslin, Maija: Asumiseen perustuva sosiaaliturva ja henkilöiden liikkuvuus Euroopan unionissa, Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 22, Helsinki 1995.

Sakslin, Maija: Suomen hallitusmuodon sosiaaliset perusoikeudet – osa kansallista ja EU:n jäsenvaltioiden yhteistä valtiosääntöperinnettä, Lakimies 5–6/1996, s. 885–908.

Salminen, Janne: Perusoikeuskirja – nyt, – Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 27.6.2006 (suuri jaosto) asiassa C-540/03, *Euroopan parlamentti vastaan Euroopan unionin neuvosto*, Lakimies 2/2007, s. 285–297.

Saltman, R. - Busse, R. – Mossialos, E.: Regulating entrepreneurial behavior in European health care systems, Buckingham 2002. – Http://www.who.dk/document/e74487.pdf. 4.1.2004.

Saraviita, Ilkka: Yleiset tuomioistuimet perusoikeusjärjestelmän toteuttajina, Lakimies 6–7/1999, s. 887–896.

Savia, Elena: The Finnish Alcohol Monopoly and the European Integration, Helsingin yliopisto, Kansainvälisen talousoikeuden instituutti, Helsinki 1993.

Shaw, Jo: Law of the European Union, Basingstoke 2000.

Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa, Helsinki 1991.

Siikavirta, Kristian: Valtiontuki oikeuden ja politiikan yhtymäkohdassa, Esimerkkinä ympäristönsuojelu, Helsinki 2006.

Siltala, Raimo: A Theory of Precedent: from analytical positivism to post-analytical philosophy of law, Oxford 2000.

Siltala, Raimo: Oikeustieteen tieteenteoria, Helsinki 2003.

Soikkeli, Lauri: Luottamuksensuoja verotuksessa, Helsinki 2003 .

Straetmans, Gert: Case C-6/01, *Anomar* v. *Estado portugués*, Judgment of the Court of September 2003 /Third Chamber), nyr; Case C-243/01, *Piergiorgio Gambelli* e.a., Judgment of the Court of 6 November 2003 (Full Court), nyr; and C-42/02, *Diana Elisabeth Lindman*, Judgment of the Court of 13 November 2003 (Fifth Chamber), julkaisussa Common Market Law Rewiew 41, The Netherlands 2004, s. 1409–1428.

Ståhlberg, K. J.: Yhdistymisvapaus Suomessa, Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland, 1912, s. 367 – 375.

Suviranta, Outi: Virkamiehen ratkaisutoiminta ja Euroopan yhteisön oikeus, Helsinki 1996.

Särkelä, Riitta: Artikkeli "Järjestöjen toimintaedellytyksiä ei voi määrittää yksittäisinä hallinnollisina päätöksinä", Sosiaali- ja terveysviesti, 5/2005, Kuopio 2005.

Särkelä, Riitta – Vuorinen, Marja – Peltosalmi, Juha: Sosiaali- ja terveysjärjestöjen mahdollisuudet palveluiden tuottamisessa, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry, Helsinki 2005.

Södergård, Hans: Markkinoiden toimivuus III: Kuntasektori palvelujen tilaajana, Nykytilanteen ääriviivat ja kehittämisehdotukset, Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 20/2001.

Södergård, Hans: Sosiaali- ja terveysala käännekohdassa, Yksityisen ja kolmannen sektorin perusanalyysi ja kehittämisen suuntaviivat, Julkaisija Suomen itsenäisyyden juhlarahasto Sitra (Sitra 179), Helsinki 1998.

Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima, Helsinki 1997.

Timonen, Pekka: Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa, teoksessa Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen, Tampere 1996.

Timonen, Pekka: Raha-automaattiyhdistyksen jakotoiminta ja kilpailulainsäädäntö, lausunto Raha-automaattiyhdistykselle 7.11.1997 (Raha-automaatti-yhdistyksen arkisto).

Timonen, Pekka: Ristisubventio ja sen merkitys Raha-automaattiyhdistyksen jakotoiminnassa, lausunto Raja-automaattiyhdistykselle 16.3.1998 (Raha-automaattiyhdistyksen arkisto).

Toiviainen, Heikki: Yhdenvertaisuus yhdistyksissä, Suomen lakimiesliiton kustannus, Vaasa 1982.

Tolonen, Hannu: Pääsykoekirja 4/1996, Tolonen, Hannu – Alvesalo, Anne – Mähönen, Jukka – Nuutila, Ari-Matti: Turku 1996.

Tolonen, Hannu: Oikeuslähdeoppi, Helsinki 2003.

Tolonen, Hannu: Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta, Oikeustiede–Jurisprudentia XXII:1989, s. 333–384.

Trepte, Peter-Armin, Public Procurement in the EC, London 1993.

Tuomala, Matti: Julkistalous, Tampere 1997.

Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia, Helsinki 1990.

Tuori, Kaarlo: Perusoikeuksien toteutumisvastuun jakautuminen – kuntien asema, Lakimies 5–6/1996, s. 845–861.

Tuori, Kaarlo: Oikeustiede 2000, Lakimies 6–7/1998, s. 1002–1113.

Tuori, Kaarlo: Yhdistymisvapaus, teoksessa Hallberg, Pekka - Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 433–460.

Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi, Helsinki 2000.

Tuori, Kaarlo: Yleiset opit – mitä ne ovat, mitä niillä tehdään ja miten niitä kehitetään? teoksessa Miettinen, Tarmo – Määttä, Tapio (toim.): III Oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivät 6.–8.6.2002 Savonlinna. (Savonlinnan oikeustieteen päivät 2002)

Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus, Helsinki 2004.

Tuori, Kaarlo: Oikeudenalajaotus – strategista valtapeliä ja normatiivista argumentaatiota, Lakimies 7–8/2004, s. 1196–1224. (*Tuori*, 2004a)

Tuori, Kaarlo: Sosiaaliturva ja oikeus, esitelmä Kansaeläkelaitoksessa 25.10.2005.

Tähti, Aarre: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa, Helsinki 1995.

Valkama, Pekka: Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalvelujen näennäismarkkinoilla, Tampere 2004.

Valtonen, Hannu: Mitä markkinat ovat? muistiossa Niiranen, Vuokko: Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen – sosiaalipoliittinen näkökulma, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry, Kuopio 2001.

Viljanen, Veli-Pekka: Perustuslaki ja laintulkinta, Lakimies 2/1990, s. 203–236.

Viljanen, *Veli-Pekka*: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset, Lakimies 5–6/1996, s. 788–815.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien rajoittaminen, teoksessa Hallberg, Pekka – Karapuu, Heikki – Scheinin, Martin – Tuori, Kaarlo – Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeudet, Helsinki 1999, s. 157 – 186.

Viljanen, *Veli-Pekka*: Eurooppalaistuminen valtioelinten välisissä suhteissa, Lakimies 7–8/2003, s. 1169–1183.

Vuorinen, Marja – Särkelä, Riitta – Perälahti, Anne – Peltosalmi, Juha – Londén, Pia: Paikkansa pitävät, Sosiaali- ja terveysjärjestöt paikallisina toimijoina, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry, Helsinki 2004.
Vuorinen, Marja – Särkelä, Riitta – Perälahti, Anne – Peltosalmi, Juha – Peisa, Leena – Londén, Pia – Eronen, Anne: Vertaansa vailla, Ajankohtaiskuva sosiaali- ja terveysjärjestöistä, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry, Helsinki 2005.
Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt: om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror, Helsinki 1987.
Wilhelmsson, Thomas – Jääskinen, Niilo: Avoimet yhtiöt ja kommandiittiyhtiöt, Helsinki 1992.
Wilhelmsson, Thomas: Vieteriukkoteoria EY-oikeudesta, Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 14/5–1997, Helsinki 1997, s. 357–374.
Wilhelmsson, Thomas: Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat, teoksessa Häyhä, Juha (toim.): Minun metodini, Helsinki 1997.
Wistow, G. – Knapp, M. – Hardy, B. – Forder, J. – Kendall, J. – Manning, R.: Social Care Markets: Progress and Prospects, Buckingham 1996.
Whish, Richard: Competition Law, London 2003.
Ylä-Liedenpohja, *Jouko*: Taloustiede tänään, Helsinki 1995.

Muut asiakirjat, kuten muistiot, lehtiartikkelit ja tiedotteet

A-Klinikoiden liitto ry. – Http://www.a-kiltojenliitto.fi/, 13.9.2004.
Arajärvi, Pentti – Välimäki Kari: Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen on taitolaji, Vieraskynä, Helsingin Sanomat 29.5.2006.
Avustusinfo, Kesäkuu 2005, Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan asiakaslehti, RAY:n avustusosasto 2005.
Carema, Hoitoa ja hoivaa. – Http://www.carema.fi/index.php, 20.5.2006.
Hankintalakityöryhmän muistio: julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän muistio 15.11.2004, KTM:n julkaisuja 36/2004.
Helsingin Sanomat, Potilaiden näytteet ja kuvat voidaan tutkia ulkomaillakin, pääkirjoitus Helsingin Sanomat 31.1.2007.
Hinta kiipeää hurjasti yksityisissä hoivayrityksissä, artikkeli, Talouselämä 8.1.2004.
Hyvinvointipalvelujen turvaaminen, Valtiovarainministeriön julkaisuja 4/2003, Oy Edita Ab, 2003 Helsinki.
Invalidiliiton vuosikirja 2004, Invalidiliitto ry 2004.
Julkisten palvelujen rakenne Suomen suurimmissa kaupungeissa, Suomen Yrittäjät 2003.
Julkisen palveluvelvoitteen ja kilpailusääntöjen välinen suhde. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 8/1999.
Kaappaako EU oikeuden tehdä hyvinvointipäätökset? mielipidekirjoitus, Helsingin Sanomat, 12.5.2004
Kananoja, Aulikki, Tiimi, Päihdealan erikoislehti 5 – 2005, Forssan kirjapaino, Forssa 2005.
Kauppa- ja teollisuusministeriö, Palveluhankintatyöryhmän muistio, 8.6.1993, Kauppa- ja teollisuusministeriö, Helsinki 1993.
Kauppa- ja teollisuusministeriön tiedote 24.2.2003, *Mönkäre*, *Sinikka*, Kauppa- ja teollisuusministeri: puhe Hyvinvointipalvelut maaseudulla – selvitystyön päätösseminaari, Imatra 24.2.2003.
Kauppa- ja teollisuusministeriön tiedote 24.2.2003. Monituottajamalli luo yrittäjyyttä hoivapalveluihin.

Kauppa- ja teollisuusministeriö, Yritystoiminta ja kuntien ostopalvelut sosiaali- ja terveydenhuollossa, KTM, Julkaisuja 25/2006.

Kilpailuttaminen sosiaali- ja terveyspolitiikan näkökulmasta, *Ollila, Eeva – Ilva, Minna – Koivusalo, Meri* (toim.). STAKES, Raportteja 276, Helsinki 2003.

Kilpailuviraston kirje 24.3.2000, Dnro 96/61/99.

Kilpailuvirasto, muistio ja lausuntopyyntö Raha-automaattiyhdistykselle, Dnro 216/61/2000, 4.1.2001.

Kilpailuviraston suuntaviivat kilpailunrajoituslain 4 §:n merkittävyyskriteerin ja 12 §:n tulkinnasta. – <http://www.kilpailuvirasto.fi/>.

Kilpailuvirasto, Vuosikirja 2001.

Kumppanuus organisaatioiden välisen yhteistoiminnan mallina, prof. Yrjö Engström, Helsingin yliopisto, muistio 29.08.2004. – <https://rtstm.teamware.com/>.

Kuntien menot ja tulot. – Http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;29;63;374;36984;11320;30820;31181, 17.7.2003.

Lääkäri- ja pelastushelikopteritoiminnan järjestäminen ja rahoitus, Työryhmän raportti, Sisäasiainministeriön julkaisuja 1/2004.

Lääkäri- ja pelastushelikopteritoiminnan rahoitus ja hallinnointi, Työryhmän raportti, Sisäasiainministeriön julkaisuja 10/2007.

Markkinat ja kilpailu kuntien tuotantotoiminnassa, Kilpailuviraston selvityksiä 1/2001. – Http://www.kilpailuvirasto.fi/download/markkinat-ja-kilpailu-kuntien-tuotantotoiminnassa.pdf, 3.10.2002.

Markkinoiden toimivuus II: Lainsäädäntö, julkinen tuki ja verotus sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoilla, Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 19/2001. (Markkinoiden toimivuus II)

Mikkelin seudun mielenterveysseura ry, Toimintakertomus 2004.

OECD Economic Surveys 2002–2003 Finland, OECD Organization for Economic co-operation and development.

OECD Regulatory Reform in Finland – A New Consensus for Change, OECD 2003.

Oikeusministeriön tiedote. http://www.om.fi/34302.htm, Ajankohtaista -> Hallitus toimiin järjestöjen toimintaedellytysten turvaamiseksi, 10.9.2006.

Oikeusministeriön työryhmämietintö 2006:14, Kansalaisyhteiskunnan toimintaedellytykset, Oikeusministeriö, Helsinki 2006.

Paikkansa pitävät, Sosiaali- ja terveysjärjestöt paikallisina toimijoina, *Vuorinen, Marja – Särkelä, Riitta – Perälahti, Anne – Peltosalmi, Juha – Londén, Pia*. Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry, Helsinki 2004.

Palveluhankintatyöryhmän muistio, moniste, Kauppa- ja teollisuusministeriö, Helsinki 1993.

Palvelutalojen toiminnan siirtäminen kunnalle, RAY:n, Avustusosasto/Margita Nylander, muistio 6.10.2006.

Perusoikeuksista on tehtävä EU-oikeuden kivijalka, *Ojanen, Tuomas*. Vieraskynä, Helsingin Sanomat 3.8.2006.

Pääministeri Matti Vanhasen ensimmäisen hallituksen ohjelma, k. 4 Sosiaali- ja terveyspolitiikka. – <http://www.valtioneuvosto.fi/>, 25.7.2004.

RAY, Avustusstrategia 2008–2011, Avustustoiminnan suuntaviivat ja painopistealueet, RAY Avustusosasto 2007.

RAY:n avustustoiminnan periaatteet ja suuntaviivat, Avustusstrategia 2002–2007. – Http://www.ray.fi/avustustoiminta/hakeminen/pdf_hakuohjeet/RAY_avustusstrategia2002_2007.pdf, 28.7.2003.

RAY, Ensiapu- ja kriisikeskustoiminnan avustaminen, *Mykrä, Pekka – Heinonen, Jussi – Vuorela, Juha*. RAY:n sisäinen muistio 18.9.2006.

RAY, Ensi- ja turvakotien liiton ja sen jäsenjärjestöjen ALVARI-perhetyön avustaminen, *Pekka Mykrä, Pekka – Heino, Marika – Nyroos-Seppänen, Mirja – Honkanen, Henry – Marjovaara, Anne*, RAY:n sisäinen muistio 18.9.2006.

RAY, Lastenhoitotoiminnan avustaminen, *Heimo, Marika – Paikkala, Olli – Nyroos-Seppänen, Mirja,* RAY:n sisäinen muistio 19.9.2006.

RAY:n lähetekirje sosiaali- ja terveysministeriölle 15.12.2004, Raha-automaattiyhdistyksen ehdotus avustusten jaoksi 2005 ja ohjeelliseksi avustussuunnitelmaksi 2006–2008.

RAY, Omaishoitajien sijaisaputoiminnan ja kehitysvammaisten perhelomituksen avustaminen, *Hämäläinen, Anita – Miettinen, Anne – Nylander, Margita,* RAY:n sisäinen muistio 31.8.2006.

RAY, RAY:n avustama kansainvälinen toiminta ja sen tulevaisuus, *Viiansuo, Raimo – Repo, Ilkka.* RAY:n sisäinen muistio 2006.

RAY, Tulkintaohjeita, päiväämätön moniste (laadittu arpajaislain 1056/2001 ja avustuslain 1170/2001 yksityiskohtaiseksi soveltamisohjeeksi).

RAY, Vuoden 2007 avustusvalmistelun taustamuistio, RAY, johtokunta 26.9.2006.

RAY, Vuosikertomus 2007, Primus Paino Oy, Loimaa 2007.

Sosiaalibarometri 2004, Hyvinvointipalvelujen tuottajien ajankohtainen tilanne ja näkemys kansalaisten hyvinvoinnista, *Londén, Pia – Perälahti, Anne – Selkälä, Arto – Siltaniemi, Aki – Särkelä, Riitta*. Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry, Helsinki 2004.

Sosiaali- ja terveysjärjestöt Suomessa, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys ry, Helsinki 2005.

Sosiaali- ja terveysministeriö, Järjestöt sosiaali- ja terveyspolitiikan toimijoina, Kansalaisjärjestötoiminnan strategia, monisteita 2003:4.

Sosiaali- ja terveysministeriön muistio Raha-automaattiyhdistykselle, 27.8.2001: Raha-automaattiyhdistyksen avustusten jako ja kilpailunäkökulma.

Sosiaali- ja terveysministeriön lausunto Kauppa- ja teollisuusministeriölle 16.11.1992 Nro 42/335/92.

Sosiaali- ja terveysministeriön raportti, Sosiaali- ja terveyspolitiikan strategiat 2010 – kohti sosiaalisesti kestävää ja taloudellisesti elinvoimaista yhteiskuntaa, Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2001:3, Helsinki 2001.

Sosiaali- ja terveyskertomus 2006, Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2006:4, Sosiaali- ja terveysministeriö, Helsinki 2006.

Sosiaalimenojen kehitys pitkällä aikavälillä, Sosiaali- ja terveysministeriön julkaisuja 2002:21, Helsinki 2002. (SOMERA-toimikunnan taustaraportti)

Suositus kilpailunäkökohtien huomioonottamiseksi Raha-automaattiyhdistyksen (RAY) avustustoiminnassa, 17. päivänä huhtikuuta 2000, (RAY:n arkisto).

Tampereen Vanhustentaloyhdistys ry, toimintakertomus 2001.

Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi, KTM, Julkaisuja 18/2006.

Valtiontalouden tarkastusvirasto, Vanhustenhuollon rahoitus, Tarkastuskertomus 6/2000.

Valtiontalouden tarkastusvirasto, Raha-automaattiavustukset vanhus- ja vammaishuoltoon, Selvitys Dnro 220/54/02, 19.4.2004.

Verotusohje yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille, Ohje Dnro 753/32/2005. – Http://www.vero.fi, 1.6.2005

Virallisaineisto

EY:n lainsäädäntö

ETA-vapaakauppasopimus (SopS ETA/1994)
Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/17/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (*erityisalojen hankintadirektiivi*)
Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (*hankintadirektiivi*)
Euroopan yhteisön (Euroopan yhteisön kolme perustamissopimusta eli vuoden 1951 EHTY:n ja vuoden 1957 Euroatomin perustamissopimukset sekä EY:n perustamissopimus vuodelta 1957 ja Maastrichtin sopimus unionista vuodelta 1991 siten kuin se on muutettu vuonna 1997 Amsterdamin ja vuonna 2000 Nizzan sopimuksilla)
Komission asetus (EY) N:o 68/2001, annettu 12 päivänä tammikuuta 2001, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta koulutustukeen
Komission asetus (EY) N:o 1998/2006, annettu 15 päivänä joulukuuta 2006, perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta vähämerkityksiseen tukeen
Komission asetus (EY) N:o 70/2001, annettu 12 päivänä tammikuuta 2001, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta pienille ja keskisuurille yrityksille myönnettyyn valtiontukeen
Komission asetus (EY) N:o 2204/2002, annettu 12 päivänä joulukuuta 2002, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta työllisyystukeen
Komission direktiivi 80/723/ETY, annettu 25 päivänä kesäkuuta 1980, jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta
Komission direktiivi 2000/52/EY, annettu 26 päivänä heinäkuuta 2000, jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta annetun komission direktiivin 80/723/ETY muuttamisesta
Neuvoston asetus (EY) N:o 994/98, annettu 7 päivänä toukokuuta 1998, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 92 ja 93 artiklan soveltamisesta tiettyihin valtion monialaisen tuen muotoihin
Neuvoston asetus (EY) N:o 659/1999, annettu 22 päivänä maaliskuuta 1999, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 93 artiklan soveltamista koskevista yksityiskohtaisista säännöistä
Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, annettu 16 päivänä joulukuuta 2002, perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa vahvistettujen kilpailusääntöjen täytäntöönpanosta
Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2006/123/EY, annettu 12 päivänä joulukuuta 2006, palveluista sisämarkkinoilla
Tavarahankintoja koskeva neuvoston direktiivi (93/36/ETY)
Valvonta- ja oikeussuojadirektiivit (89/665/ETY ja 92/13/ETY)

Yhteisön muut asiakirjat

Bulletin of the European Communities Commission EC 10/1992, OJ L 316, 31.10.1992
Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives Brussels 23.6.2006 COM. – Http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/keydocs/communication_en.pdf, 26.7.2006.

Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla, KOM(2004) 2 lopullinen, 13.1.2004.

Euroopan parlamentin DG-Info, Pienimuotoiset julkiset palvelut ja valtiontuki. – Http://www2.europarl.eu.int/registre/presse/debat_du_jour_daily_notebook/2005/fi/par/DG-INFO_DN(2005)02-22(PAR002)_FI.doc, 26.3.2005.

Euroopan unioni, sanasto, http://europa.eu.int/scadplus/leg/fi/cig/g4000y.htm#y23, 14.5.2004.

Eurooppa-valmistelukunta, Ehdotus sopimukseksi Euroopan perustuslaista, EYVL 16.12.2004 C 310.

Komission valtiontukipäätös päätös 17.12.1981 *Anseau Navewa*, EYVL 1982 L 167, 15.6.1982, s. 39.

Komission valtiontukipäätös 92/389/ETY, EYVL 23.7.1992, N:o L 207.

Komission valtiontukipäätös 2001/247/EY, EYVL 29.3.2001, N:o L 89.

Komission valtiontukipäätös N 543/2001, Capital allowance for hospitals. – Http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/sgb/state_aids/comp-2001/n543-01.pdf.

Komission valtiontukipäätös 27.2.2002, N 543/2001, Irlanti, Capital allowance for hospitals – Http://europa.eu.int/eur-lex/fi/com/rpt/2001/com2001_0598fi01.pdf, 13.10.2004.

Euroopan yhteisöjen komission tiedonanto Euroopan parlamentille, neuvostolle, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle, ja alueiden komitealle, KOM(2004) 374 lopullinen, Bryssel 12.5.2004. (Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista)

Euroopan yhteisöjen komissio, EYVL C 68, 6.3.1996 (994/98). (Tiedonanto vähämerkityksellisestä tuesta)

Euroopan yhteisöjen komissio, 97/C 372/03, EYVL C 372, 9.12.1997. (Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta)

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto, KOM (98) 143 lopullinen, 11.3.1998. (Julkiset hankinnat Euroopan unionissa)

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto Euroopan parlamentille ja neuvostolle, KOM(1999) 263 lopullinen, 8.6.1999. (Yhtenäismarkkinat ja ympäristö)

Euroopan yhteisöjen komissio, EYVL C 19, 20.1.2001. (Kalastus ja vesiviljelyalan valtiontukien tarkastamista koskevat suuntaviivat)

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto neuvostolle, KOM(2002) 555 lopullinen, 16.10.2002. (Valtiontuen vähentämistä ja uudelleen suuntaamista koskeva seurantakertomus)

Euroopan yhteisöjen komissio, Valtiontuen toimintasuunnitelma, Valtiontukien vähentäminen ja tarkempi kohdentaminen: suunnitelma valtiontuen uudistamiseksi vuosina 2005–2009, 7.6.2005, KOM(2005) 107 lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto, Yhteisön Lissabon-ohjelman täytäntöönpano: Yleishyödylliset sosiaalipalvelut Euroopan unionissa, 26.4.2006 KOM(2006) 177 lopullinen.

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta EYVL nro C 372, 9.12.1997.

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille, talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealla, COM (2001) 723 lopullinen, 5.12.2001. (Terveyden ja vanhustenhuollon saatavuus, laatu ja taloudellinen kestävyys tulevaisuudessa)

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitettua kauppaan kohdistuvan vaikutuksen käsitettä koskevista suuntaviivoista, EYVL 2004 C 101/07, 27.4.2004.

Euroopan yhteisöjen komissio, KOM (2001) 598 lopullinen, Raportti Laekenin Eurooppa-neuvostolle, Yleishyödylliset palvelut.

Euroopan unionin neuvosto, Neuvoston vahvistama yhteinen kanta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin antamiseksi Euroopan parlamentin ja neuvoston palveluista sisämarkkinoilla, Bryssel, 17. heinäkuuta 2006, 10003/06. (Yhteinen näkemys)

Euroopan yhteisöjen komissio, Vihreä kirja, Julkiset hankinnat Euroopan unionissa, Tulevaisuuden kysymyksiä, tiedonanto, hyväksytty 27.11.1996 Euroopan komissiossa. (Vihreä kirja, Julkiset hankinnat)

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto, Yhdistysten ja säätiöiden tukemisesta Euroopassa (2001). – Http://ec.europa.eu/enterprise/library/lib-social_economy/orgfd_fi.pdf.

Euroopan yhteisöjen komissio, Epävirallinen asiakirja, Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut ja valtiontuki, Kilpailun pääosasto 12.11.2002.

Euroopan yhteisöjen komissio, Julkisen palvelun velvoitteesta maksettavana korvauksena myönnettävää valtiontukea koskevat yhteisön suuntaviivat, Euroopan yhteisöjen Komissio, Kilpailun pääosasto, Bryssel, PO D(2004). – Http://europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/public_service_comp/fi.pdf. 10.3.2005.

Euroopan yhteisöjen komissio, PO Sisämarkkinat ja palvelut, Julkisten hankintojen politiikka, Johtaja, Bryssel, MARKT C3/JK/mm D(2005)16206. (Lausunto Suomen kuntien välisten suorahankintojen sallittavuudesta)

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission tiedonanto – Julkisten viranomaisten tekemiin maa-alueita ja rakennuksia koskeviin kauppoihin sisältyvistä tuista, EYVL C 209, 10/07/1997.

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission luonnos tiedonannoksi ”Uudet puitteet vain vähän yhteisön sisäiseen kauppaan vaikuttavan valtiontuen arvioimiseksi”. – Http://www.europa.eu.int/comm/competition/state_aid/others/ limited/fi.pdf, 5.5.2004.

Euroopan yhteisöjen komissio, Komission XXVIII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus. – Http://europa.eu.int/comm/competition/annual_reports/1998/fi/001_134.pdf, 6.3.2005.

Euroopan yhteisöjen komission päätös 88/174/ETY, EYVL N:o L 79, 24.3.1988, s. 29.

Euroopan yhteisöjen komission päätös 4.10.1995, GSM-matkapuhelinliikenteen toiselle toiminnanharjoittajalle asetetuista ehdoista Italiassa, EYVL 1995 L 280, s. 49

Euroopan yhteisöjen komission tiedonanto, KOM (1996) 443 lopullinen, EYVL 26.9.1996 C 281. (Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (1996))

Euroopan yhteisöjen komission tiedonanto, KOM (2000) 580 lopullinen, Bryssel 20.9.2000, EYVL 19.1.2001 C 17. (Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000))

Euroopan yhteisöjen komissio, KOM (2003) 270 lopullinen, Bryssel 21.5.2003. (Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista)

Euroopan yhteisöjen komissio, KOM (2004) 374 lopullinen, Bryssel 12.5.2004. (Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista)

Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen, EYVL 29.11.2005, L 312/67.

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (97/C 372/03).

Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle – Innovaatiopolitiikka: unionin Lissabonin strategiaa koskevan lähestymistavan päivittäminen, KOM(2003) 112 lopullinen. – Http://eur-lex.europa.eu, 24.9.2006.

Komission tiedonanto – Yleiset puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön myönnettävälle valtion tuelle, EYVL N:o C 045, 17.2.1996 s. 5.

Komission tulkitseva tiedonanto julkisiin hankintoihin sovellettavasta yhteisön lainsäädännöstä ja mahdollisuuksista ottaa sosiaaliset näkökohdat huomioon julkisissa hankinnoissa, KOM (2001) 566 lopullinen, Bryssel 15.10.2001. (Mahdollisuuksista ottaa sosiaaliset näkökohdat huomioon julkisissa hankinnoissa)

Kansalliset lait ja asetukset

Arpajaislaki (1046/2001)
Erikoissairaanhoitolaki (1062/1989)
Hallintolainkäyttölaki (586/1996)
Hallintolaki (434/2003)
Kansanterveyslaki (66/1972)
Kaupparekisterilaki (129/79)
Kielilaki (423/2003)
Kotikuntalaki (201/1994)
Kuntalaki (365/1995)
Kuntien valtionosuuslaki (1147/1996)
Laki elinkeinon harjoittamisen oikeudesta (122/1919, elinkeinolaki)
Laki elinkeinotulon verottamisesta (360/1968)
Laki eräissä Suomen sotiin liittyneissä tehtävissä palvelleiden kuntoutuksesta (1039/1997)
Laki eräitä yrityksiä koskevasta taloudellisen toiminnan avoimuus- ja tiedonantovelvollisuudesta (19/2003)
Laki julkisista hankinnoista (348/2007, hankintalaki)
Laki kehitysvammaisten erityishuollosta (519/1977, kehitysvammalaki)
Laki kilpailunrajoituksista (480/1992, kilpailunrajoituslaki)
Laki kuntouttavasta työtoiminnasta (189/2001)
Laki lasten päivähoidosta (36/1973)
Laki omaishoidon tuesta (937/2005)
Laki opetus- ja kulttuuritoimen rahoituksesta (635/1998)
Laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992, potilaslaki)
Laki raha-automaattiavustuksista (1056/2001, avustuslaki)
Laki rintamaveteraanien kuntoutuksesta (1184/1988)
Laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978)
Laki sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista (734/1992)
Laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (733/1992)
Laki sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000, asiakaslaki)
Laki sosiaalisista yrityksistä (1351/2003)
Laki terveydenhuollon ammattihenkilöstöstä (559/1994)
Laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista (380/1987)
Laki vapaasta sivistystyöstä (632/1998)
Laki viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999, julkisuuslaki)
Laki yksityisen sosiaalipalvelujen valvonnasta (603/1996)
Laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990)
Laki yrityksen saneerauksesta (47/1993, yrityssaneerauslaki)
Laki yritystuen yleisistä ehdoista (786/1997)
Mielenterveyslaki (1116/1990)
Oikeudenkäymiskaari (4/1734)
Pelastuslaki (468/2003)
Perustuslaki (731/1999)
Päihdehuoltolaki (41/1986)
Sosiaalihuoltolaki (710/1982)
Sotilasvammalaki (404/1948)
Tuloverolaki (1535/1992)

Työterveyshuoltolaki (1383/2001)
Valtionavustuslaki (688/2001)
Valtioneuvoston asetus Raha-automaattiyhdistyksestä (1169/2001)
Yhdistyslaki (503/1989)

Eduskunta-asiakirjat

EV 256/2006 vp: Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
HE 98/1971 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kansanterveystyöstä ja sen voimaanpanosta annettaviksi laeiksi.
HE 114/1978 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa ja markkinatuomioistuimesta annetun lain muuttamisesta.
HE 101/1981 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelua ja valtionosuutta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
HE 102/1981 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle sosiaalihuoltolaiksi.
HE 219/1986 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista sekä laiksi sosiaalihuoltolain 17 §:n muuttamisesta.
HE 148/1987 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
HE 64/1988 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle yhdistyslaiksi sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 201/1989 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle mielenterveyslaiksi.
HE 162/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kilpailunrajoituksista.
HE 216/1991 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelua ja valtionosuutta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
HE 154/1992 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.
HE 259/1992 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi elinkeinon harjoittamisen oikeudesta annetun lain muuttamisesta sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
HE 135/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi tavaramerkkilain muuttamisesta.
HE 192/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.
HE 22/1996 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta ja sosiaalihuoltolain muuttamisesta.
HE 198/1996 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi liiketoimintakiellosta annetun lain ja eräiden muiden lakien muuttamisesta.
HE 252/1996 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi yritystuen yleisistä ehdoista ja laiksi yritystuesta annetun lain 21 §:n muuttamisesta.
HE 69/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.
HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
HE 137/1999 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.
HE 197/1999 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle arpajaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
HE 184/2000 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuntouttavasta työtoiminnasta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 63/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle valtionavustuslaiksi ja laiksi valtion talousarviosta.
HE 75/2001 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle arpajaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi annetun hallituksen esityksen (HE 197/1999 vp) täydentämisestä.
HE 215/2002 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi eräitä yrityksiä koskevasta taloudellisen toiminnan avoimuus- ja tiedonantovelvollisuudesta.
HE 74/2003 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain 4 §:n, sosiaalihuoltolain sekä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain 12 §:n muuttamisesta.
HE 11/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
HE 77/2004 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoitolain sekä eräiden muiden lakien muuttamisesta.
HE 34/2005 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain, terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain sekä yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta annetun lain muuttamisesta.
HE 131/2005 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi omaishoidon tuesta, laiksi sosiaalihuoltolain muuttamisesta sekä laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamisesta.
HE 50/2006 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
PeVL 5/1978 vp; hallituksen esityksestä n:o 95 yksityisten valtionapulaitosten toimiehtosopimuslainsäädännöksi.
PeVL 18/1982 vp; hallituksen esityksestä n:o 279 laiksi Ounasjoen suojelusta sekä lakialoitteesta n:o 153.
PeVL 6/1988 vp; hallituksen esityksestä n:o 64 yhdistyslaiksi sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 4/1989 vp; hallituksen esityksestä n:o 6 ulkomaalaisten kelpoisuutta virkaan koskevaksi lainsäädännöksi.
PeVL 6/1990 vp; hallituksen esityksestä erämaalaiksi.
PeVL 7/1990 vp; hallituksen esityksestä n:o 36 laiksi oikeudesta entiseen tiealueeseen annetun lain muuttamisesta ja siihen liittyvästä lainsäädännöstä.
PeVL 37/1992 vp; hallituksen esityksestä n:o 364: Laiksi valtion vakuusrahastosta annetun lain muuttamisesta.
PeVL 1/1994 vp; hallituksen esityksestä n:o 281/1993 vp: Laiksi turvatarkastuksista lentoliikenteessä.
PeVL 9/1994 vp; Hallituksen esitys laiksi kuntien valtionosuuslain sekä kunnan talouden vakauttamisesta ja kuntaselvityksestä annetun lain 19 §:n muuttamisesta.
PeVL 15/1996 vp; hallituksen esityksestä 81/1996 vp: Laiksi ampuma-aseista ja ampumatarpeista annetun lain muuttamisesta.
PeVL 40/1996 vp; Hallituksen esitys laiksi arvo-osuusjärjestelmästä annetun lain muuttamisesta ja muuksi kansallisen arvopaperikeskuksen toteuttamista koskevaksi laiksi.
PeVL 23/2000 vp; Hallituksen esitys arpajaislaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi HE 21/1995
PeVL 25/2001 vp; Hallituksen esitys laiksi turvallisuusselvityksistä ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVL 28/2001 vp; Hallituksen esitys laeiksi yksityisistä turvallisuuspalveluista sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
PeVM 25/1994 vp; Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeusäännösten muuttamisesta.

StVM 18/2000 vp; Hallituksen esitys laeiksi sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista sekä sosiaalihuoltolain muuttamisesta ja eräiksi niihin liittyviksi laeiksi.
StVM 21/2005 vp; Hallituksen esitys laiksi omaishoidon tuesta, laiksi sosiaalihuoltolain muuttamisesta sekä laiksi sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annetun lain muuttamisesta.
StVL 13/2006 vp; Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.
SuVL 2/2004 vp. – U 31/2004 vp; Valtioneuvoston kirjelmä ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla.
SuVL 3/2005 vp – E 19/2005 vp; Valtioneuvoston selvitys Suomen puheenjohtajuuskauden alustavasta asialista-arviosta.
TaVM 8/2004 vp; Hallituksen esitys laeiksi kilpailunrajoituksista annetun lain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
TaVM 26/2006 vp: Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

Komitea- ja työryhmämietinnöt

Kilpailu- ja hintakomitean mietintö KM 1987:4.
Kunnalliskomitean mietintö 1993:33.
Perusoikeuskomitean mietintö 1992:2.
Sosiaalihuollon periaatekomitean mietintö, komiteamietintö 1971: A 25.
Valtiosääntökomitea 1992:n mietintö, komiteamietintö 1994: 4.
Välillinen valtionhallinto -hankkeen muistio, 15.12.1999, Valtionvarainministeriön työryhmämuistioita 29/99.
Yhdistyslakikomitean mietintö 1984:1.
Yön ainoa valopilkku, Taksiliikennelakityöryhmän mietintö, Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 43/2004, Helsinki 2004.

Haastattelut

Halila, Heikki, professori, Helsingin yliopisto, yksityisoikeuden laitos, keskustelu 16.9.2003.
Kari, Matti, kansainvälisten asioiden päällikkö, Keskinäinen työeläkeyhtiö Varma, haastattelu 31.8.2004.
Kontuniemi, Eija, hankintalakia valmistelleen kauppa- ja teollisuusministeriön sihteeri, Hansel Oy, sähköpostikysely 13.2.2006.
Kuusela, Mauno, Jyränkölän Setlementti ry:n toiminnan esittely, Heinola 16.8.2005.
Laiho, Jouni, lainsäädäntöneuvos, sisäasianministeriö, haastattelu 30.1.2006.
Mykrä, Pekka, tutkimuspäällikkö, RAY, haastattelu, 9.6.2004.
Paikkala, Olli, toimistopäällikkö, RAY, haastattelu, 3.4.2002 ja 14.5.2004.
Pekkala, Elise, hallitusneuvos, kauppa- ja teollisuusministeriö, haastattelu sähköpostitse 13.5.2002.
Puro, Kari, toimitusjohtaja, Eläkevakuutusyhtiö Ilmarinen, haastattelu 17.6.2004.
Sadeluoto, Kalevi, johtaja, Patentti- ja rekisterihallitus, puhelinhaastattelu 30.4.2003.
Salokorpi, *Hannu*, johtaja, RAY, haastatteluja 2004–2006.

Lyhenteet

BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Saksan perustuslaillinen tuomioistuin)
COM	Commission (Euroopan unionin komissio)
CPV	Common Procurement Vocabulary (julkisten hankintojen viitenimikkeistö)
EFTA	European Free Trade Association
EHTY	Euroopan hiili ja teräsyhteisö
E.L.Rev	Economic Law Review
Eoa	Eduskunnan oikeusasiamies
ETA	Euroopan talousalue
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
EYVL	Euroopan yhteisön virallinen lehti
ESHL	Erikoissairaanhoitolaki
EVA	Elinkeinoelämän valtuuskunta
EYVL	Euroopan yhteisön virallinen lehti
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade (tullitariffeja ja kauppaa koskeva yleissopimus)
GPA	Procurement Agreement Government
HE	hallituksen esitys
KM	komiteamietintö
KHO	korkein hallinto-oikeus
KKO	korkein oikeus
KOM	Euroopan unionin komissio
KT	Kuntaliitto
KTL	kansanterveyslaki
KTM	kauppa- ja teollisuusministeriö
KuntaL	kuntalaki
KVL	laki kehitysvammaisten erityishuollosta
LPHL	laki lasten päivähoidosta
LSL	lastensuojelulaki
MAO	Markkinaoikeus
MTL	mielenterveyslaki
OHTL	laki omaishoidon tuesta
PL	perustuslaki
PeVL	perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	perustuslakivaliokunnan mietintö
PHL	päihdehuoltolaki
pk-yritys	pieni ja keskisuuri yritys
StVL	sosiaali- ja terveysvaliokunnan lausunto
SuVL	suuren valiokunnan lausunto
TaVM	talousvaliokunnan mietintö
RAY	Raha-automaattiyhdistys
SHL	sosiaalihuoltolaki

STAKES	Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus
STM	sosiaali- ja terveysministeriö
STVOL	laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (1992)
SVOL	laki sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta (1982)
VPL	laki vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista
WTO	World Trade Organisation (Maailman Kauppajärjestö)

I
TUTKIMUSTEHTÄVÄ JA -METODI

1 Tutkimustarpeen muodostavat yhteiskunnalliset ongelmat

Väestön ikärakenteen nopea muutos ja muuttoliikkeen ennakoitu jatkuminen aiheuttavat mittavia haasteita kuntatalouden rahoitukselle ja kyvylle turvata palvelut myös tulevaisuudessa. Sosiaali- ja terveyspalvelujen kysynnän lisääntyminen ja kustannusten voimakas kasvu ovat voimistaneet julkisten menojen kasvupaineita. Ikärakenteen muutokseen perustuvan kuntien sosiaali- ja terveydenhoitomenojen kasvun ennakoidaan olevan nopeinta vuosina 2005–2010, minkä seurauksena sosiaali- ja terveydenhuoltomenot kasvaisivat vuosittain 6 prosenttia vuodesta 2000 vuoteen 2020. Alue- ja perherakenteen eriytymisen sekä kustannusten nousun vuoksi kuntien järjestämisvastuulla olevien palveluiden menopaineet kasvavat erityisesti muuttovoitto- ja tappiokunnissa. Kun suomalaisen hyvinvointipolitiikan tavoitteena on kuitenkin turvata asuinpaikasta ja taloudellisesta asemasta riippumatta palvelujen saatavuus, voimistuu edellä todetuista tekijöistä johtuen tarve palvelutuotannon vastuusuhteiden, työnjaon ja toimintatapojen uudelleen arvioimiseen.[1]

Valtiovarainministeriön selvityksen mukaan tavoitteena tulee olla selkeä ja vakaa rahoitusjärjestelmä, joka turvaa peruspalvelujen tuottamisen, kannustaa kuntia palvelutuotannon tehokkuuden parantamiseen sekä kysynnän ohjaamiseen asiakkaiden valintamahdollisuuksia ja omavastuita lisäämällä.[2] Jotta näihin tavoitteisiin päästäisiin, kuntien rahoitusjärjestelmää on tarkasteltava kokonaisuutena. Selvityksessä kiinnitetään huomiota myös sosiaali- ja terveyspalvelujen (erityisesti terveydenhuollon ja kuntoutuspalvelujen) rahoituksen monikanavaisuuteen: rahoittajina ovat kunnat, valtio, työantajat, Kansaneläkelaitos, Raha-automaattiyhdistys ja kotitaloudet. Nykyinen monikanavainen rahoitusjärjestelmä on kattava ja monipuolinen, mutta samalla sen on epäilty voivan aiheuttaa

---

[1] Ks. Hyvinvointipalvelujen turvaaminen, s. 19 ja *Luoma ym*.

[2] Julkisia hankintoja koskevan tutkimuksen yhteydessä käsite *peruspalvelu* aiheuttaa helposti sekaannuksia. Peruspalvelun käsitettä ei ole lainsäädännössä täsmennetty. Tästä seuraa, että kysymys peruspalvelujen sisällöstä on muodostunut sosiaali- ja terveydenhuollossa tulkinnanvaraiseksi. Peruspalveluina voidaan Myllymäen mukaan pitää perustuslakiin ja lakiin perustuvien TSS-oikeuksien määrittelemiä palveluja, vaikka peruspalvelun käsitettä ei ole täsmennetty. *Myllymäki*, s. 283. Julkisten hankintojen yhteydessä Kalima on määritellyt peruspalveluiksi direktiivin 93/38/ETY ja sen perusteella laaditun kansallisen lainsäädännön yhteydessä ns. *infrastruktuuripalveluiden* tuottamiseen ja jakeluun liittyvät palvelut. Näin ollen peruspalveluita ovat esimerkiksi sähkö-, kaasu- ja vesilaitosten ja liikennelaitosten palvelut. Ks. *Kalima*, 2001, s. 25 ja 72. Ks. peruspalveluista myös *Rissanen*, s. 88.

epätarkoituksenmukaisuutta hoidon ja hoivan järjestämisessä sekä hoidon ja hoivan käytössä. Rahoituksen kokonaisuus hämärtyy ja järjestelmä kannustaa siirtämään kustannuksia toisten maksettaviksi.[3]

Euroopan komission keväällä 2003 julkaisema yleishyödyllisiä palveluita koskeva vihreä kirja sisältää myös sosiaali- ja terveyspalveluja koskevia huomioita. Keskustelua haluttiin käytäväksi mm. siitä, onko jokin palvelu luonteeltaan määriteltävissä nykyistä selkeämmin taloudelliseksi vai muuksi kuin taloudelliseksi, joista viimeksi mainittua yhteisön kilpailu- ja sisämarkkinasäännöt eivät koskisi. Komissio kysyi myös, olisiko voittoa tavoittelemattomien ja ensisijaisesti sosiaalisia tehtäviä suorittavien organisaatioiden tilannetta selvennettävä.[4]

Yleishyödyllisistä palveluista on sittemmin jo julkaistu komission tiedonantona myös valkoinen kirja. Siinä todettiin vihreän kirjan perusteella saatujen palautteiden sisältäneen huomattavia näkemyseroja. Yksimielisyys vaikutti vallitsevan kuitenkin siitä, että markkinamekanismien ja julkisen palvelun tehtävien välillä on oltava harmoninen suhde. Yleishyödylliset palvelut ja niiden tarjoamisympäristö Euroopan unioni mukaan luettuna muuttuvat nyt ja jatkossa koko ajan. Komissio esitti oman toimintamallinsa, jolla se haluaa kehittää Euroopan unionille positiivisen roolin yleishyödyllisten palvelujen edistäjänä. Komissio näytti liittävän yleishyödylliset palvelut perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan tarkoittamiin yleishyödyllisiin palveluihin todetessaan, että tietyissä tilanteissa on ehkä koordinoitava kansallisten, yleistä etua koskevien tavoitteiden toteutumista suhteessa tiettyihin yhteisön tavoitteisiin.[5]

Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen ovat järjestöt lähes säännönmukaisesti olleet valmiit kyseenalaistamaan. Järjestöjen mielestä tulisikin arvioida, onko olemassa joitain sellaisia alueita, ettei kilpailuttamista tulisi käyttää hankintamekanismina. Tällaisesta alueesta esimerkkinä on mainittu lapsen aseman turvaaminen.[6] Järjestönäkökulman yleisempänäkin mielipiteenä professori *Murto* on todennut järjestöjen roolin palvelujen tuottajana riippuvan tulevaisuudessa suuressa määrin siitä, millä tavalla huono-osaisimmille väestöryhmille tarkoitettujen sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamista koskeva kysymys ratkaistaan. Ristiriita kilpailusäädösten ja sosiaalipoliittisten päämäärien välillä on hänen mielestään ilmeinen. Huono-osaisille suunnattuja monipuolisia saumattomia palveluketjuja on lähes mahdotonta tuotteistaa ja ne olisikin saatava määritellä sosiaalipoliittisin perustein kilpailun ulkopuolelle.[7] Markkinoiden toimivuuden ja kilpailutuksen kritiikitön vaatiminen sosiaali- ja terveyspalveluihin on arvaa-

---

3 Hyvinvointipalvelujen turvaaminen, s. 66 ja 71.
4 Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 15–17.
5 Komissio, Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 3 ja 7.
6 *Vuorinen ym*., 2005, s. 142 ss.
7 *Murto*, 2003, s. 68.

maton prosessi, jonka kaikkia seurauksia on vaikea nähdä.[8] Pitkälle viety kilpailuttaminen voi hävittää sosiaali- ja terveysjärjestöjen tarjoamien palvelujen erityisluonteen.[9]

Sosiaali- ja terveysjärjestöjä tarkastellaan yleensä osana ns. kolmatta sektoria. Kolmannen sektorin käsitteen ja toiminta-alan määrittely on ollut jossain määrin vaikeaa. Kiintopisteinä määrittelyssä ovat olleet julkinen ja yrityssektori. *Rönnberg* on kuvannut yritysten ja kolmannen sektorin eron kiteytyvän tapaan, jolla ne suhtautuvat voiton tuottamiseen.[10] Yritysten keskeinen tavoite on tuottaa voittoa, ja tämä tavoite määrää yritysten muun toiminnan logiikkaa. Tuotettavilla tavaroilla tai palveluksilla on oltava käyttöarvo, niiden on oltava hyödyllisiä, jotta niitä kysyttäisiin ja ostettaisiin. Kuitenkin tavaroiden markkinoille tulon motiivina on saada sijoitetuille arvoille lisäarvoa, voittoa, joka on osa hintaa.[11]

Kolmannen sektorin on sanottu sen sijaan käynnistävän taloudellisen toimintansa sen sosiaalisen arvon vuoksi, eikä toiminta tähtää voittoihin. Kolmannen sektorin toimintalogiikka on sikäli yritysmäistä, että palvelutuotannon ja muun toiminnan edellyttämät tulot ja voimavarat on itse hankittava. Poikkeavuutta yritystoimintaan verrattuna on sikäli, että usein toiminta ei kata kokonaiskustannuksia, vaan osa tarvittavista varoista tulee vapaaehtoispanoksina ja osa kerätään muuten. Talous on kolmannella sektorilla mukana vähemmän itsetarkoituksellisena elementtinä tai ensisijaisena tavoitteena kuin yrityksillä. Talous on yritystoimintaan verrattuna välineellisempää ja ennen muuta mahdollistamassa jonkin sosiaalisen tarkoituksen toteumista. Kolmannen sektorin palvelu- ja tavaratuotannossa on kilpailun kannalta epäedullisia tekijöitä, kuten liiketaloudellisesti kannattamattomat ja suppeat markkinat, ja työvoiman kvalifikaatiovajaukset.[12]

---

[8] *Murto*, 2005, s. 10.

[9] Paikkansa pitävät, s. 142.

[10] *Kolmas sektori* käsitteenä on esillä lähes aina puhuttaessa järjestöistä. Käsitettä ei voida käyttää oikeudellisena terminä, koska tutkimuksen kohteena olevien oikeudenalojen säädöksissä se ei esiinny. Puheena oleva käsite auttaa kuitenkin ymmärtämään keskustelua, jota käydään järjestöjen yhteiskunnallisesta roolista. Kansainvälisessä JH-projektissa (*Johns Hopkins Comparative Nonprofit Sector Project*) kehitettyjen kriteereiden perusteella kolmas sektori koostuu ensi sijassa *järjestöistä* ja *säätiöistä*, joskin myös kriteerit täyttävät järjestöpohjaiset osuuskunnat tulevat kyseeseen. *Sosiaalialan yhteisöt* ja *säätiöt* näyttävät täyttävän kolmannen sektorin toimijoille asetetut vaatimukset. Ks. kolmannen sektorin käsitteestä myös *Rönnberg*, s. 79. JH-projektin perusteella tehdystä arvioinnista *Helander – Laaksonen*, 1999, Suomalainen kolmas sektori. Rakenteellinen erittely ja kansainvälinen vertailu. Ks. erityisesti s. 16–18.

Rifkin määrittelee kolmannen sektorin markkinatalouden ulkopuolelle jääväksi taloudeksi – sosiaalitaloudeksi. Sosiaalitalous muodostuu kolmannen sektorin toiminnasta, jonka periaatteisiin kuuluvat myös Rifkinin amerikkalaiseen ympäristöön perustuvassa ajattelussa voiton tavoittelemattomuus, yhteisöllinen solidaarisuus, keskinäinen yhteistyö, vapaaehtoinen auttaminen ja sosiaalinen tukeminen. Ks. *Rifkin*, 1997, s. 219 ja 284.

[11] *Rönnberg*, s. 79–80.

[12] Ibid.

Pohjoismaisen vapaaehtoissektorin yhteiskunnallista roolia arvioitaessa on usein korostettu sitä näkökohtaa, että kolmas sektori on pikemminkin julkista sektoria täydentävä kuin korvaava tekijä. Tämä on pitänyt paikkansa erityisesti hyvinvointivaltion[13] ydintehtävien, sosiaali- ja terveydenhuollon sekä koulutuksen osalta. Kun palvelujen tuottamista on alettu yhä suuremmassa mitassa kilpailuttaa, näyttää yhtenä kehityssuuntana tulevan kysymykseen myös julkisen palvelutuotannon korvaaminen kolmannen sektorin tai yksityisen voittoa tavoittelevan sektorin toimesta.[14]

Julkisten palvelujen tuottavuus on useissa yhteyksissä esitetty yhteiskuntatalouden pelastavaksi tekijäksi. Järjestöjen taholta on kuitenkin esitetty, ettei ole olemassa mitään näyttöä siitä, että markkinaehtoistamisella ja kilpailuttamisella voidaan merkittävällä tavalla laskea sosiaali- ja terveyspalvelujen kustannuksia.[15] Hankintalainsäädäntö ja omaksutut ostopalvelumallit seuraavat logiikkaa ja terminologiaa, joka on peräisin tavaratuotannosta.[16] Tästä on *Valtosen* mukaan kysymys silloin, kun markkinoiden läpi pitäisi kuljettaa sellaisia hyvinvointiin vaikuttavia asioita, jotka edellyttävät kansalaisilta elämisen suunnan muuttamista. On odotettavissa, että kilpailuttaminen ja kilpailullisten markkinoiden luominen johtaisi teknistyviin ja ”tavaroituviin” sosiaali- ja terveyspalveluihin. ”Tavaroitumisen” tendenssi tuottaisi esimerkiksi tilanteen, jossa sosiaalipalveluissa usein esiintyviä pitkiä asiakassuhteita saatettaisiin osittaa. Monet järjestöt ovat osallistuneet kunnan järjestämään kilpailuttamiseen, kun muutakaan vaihtoehtoa yhteistoiminnan aikaansaamiseksi kunnan kanssa ei ole ollut olemassa. [17]

Järjestöjen mielestä ei ole selkeää myöskään se, mitä viranomaisvastuu sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä tarkoittaa. Kolmannen sektorin organisaatioiden on odotettu toimivan palvelujärjestelmässä valtiota ja markkinoita täydentävinä toimijoina erityisesti alueilla, joilla sekä markkinat että julkinen sektori epäonnistuvat. Kolmannen sektorin järjestöjen mahdollisuudet paikata kuntien palvelujen puutteita on todettu olevan rajalliset. On pidetty vastuuttomana edellyttää, että sosiaali- ja terveysjärjestöt hoitaisivat julkisen sektorin alimitoitetut budjetit ja palvelutarjonnan laiminlyönnit.[18]

Vaikka sosiaali- ja terveysjärjestöt ovat aluksi suhtautuneet varsin epäilevästi palvelujen kilpailuttamiseen, *Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys*

---

[13] Esping-Andersen on määritellyt hyvinvointivaltion muuksi kuin vain sosiaalisia etuuksia tarjoavaksi valtioksi. Hyvinvointivaltion ideaalia ei voida erottaa myöskään sen historiallisesta kontekstista. *Esping-Andersen*, 1998 s. 34 ja s. 146 ss. Ks. hyvinvointivaltiosta ja erilaisista hyvinvointijärjestelmistä jäljempänä osa III, luku 1.

[14] *Helander*, 1999, s. 73.

[15] *Palola – Särkelä*, s. 109.

[16] *Kananoja*, s. 12.

[17] Ks. *Valtonen*, s. 13.

[18] *Kuuskoski*, 35.

YTY ry:n raportin mukaan ne näyttäisivät ottaneen melko hyvin vastaan uuden haasteen eli sosiaali- ja terveyspalvelujen ostamisen kilpailuttamismenettelyn kautta. Kilpailuttamisprosessissa on ollut paljon käytännön ongelmia, joista suurimman osan koettiin olevan ostajan puolella. Järjestöt olivat menestyneet kilpailuttamisessa varsin hyvin, vaikka häviöitäkin oli tullut, ja joissain tapauksissa järjestö oli omasta aloitteestaan vetäytynyt kilpailusta. Kehittämisehdotukset liittyivät pääosin hankintamenettelyn joustavoittamiseen ja monipuolistamiseen sekä kilpailuttamisen sisällöllisen ja teknisen osaamisen lisäämiseen.[19]

Sosiaali- ja terveyspalvelujen perustan muodostavat kuntien järjestämät verorahoitteiset toiminnat, jotka ovat kaikkien saatavilla sosiaalisesta, taloudellisesta ja yhteiskunnallisesta asemasta riippumatta. Tämän kannan voidaan katsoa edustavan valtion virallista linjaa. Palvelujen järjestämis- ja tuottamisvastuu erotetaan entistä selkeämmin toisistaan. Yksityiset sosiaali- ja terveyspalvelut täydentävät kunnallisia palveluja ja tarjoavat niille vaihtoehtoja. Valtionosuuden tavoitteena on selkeä kuntien pitkän aikavälin sosiaali- ja terveyspolitiikan suunnittelua tukeva rahoitus. Myös *Matti Vanhasen* ensimmäisen hallituksen hallitusohjelman mukaan tuotantoa täydentävät myös yksityisiin palvelujentuottajiin kuuluvat järjestöt.[20]

Kuntien, kuntayhtymien ja muiden kunnallisten organisaatioiden hankintojen arvo oli vuonna 2003 noin 10,5 miljardia euroa Tämä oli noin 37 prosenttia kuntasektorin kaikista ulkoisista menoista. Hankinnoista palveluhankinnat muodostavat suurimman hankintaryhmän. Niiden arvo samana vuonna oli 4,1 miljardia euroa. Kunnat hankkivat 1,3 miljardilla eurolla sosiaali- ja terveystoimen palveluja, 1,2 miljardilla eurolla liiketoimintapalveluja, 980 miljoonalla eurolla opetus- ja kulttuuritoimen palveluja, 449 miljoonalla eurolla yhdyskuntapalveluja ja 380 miljoonalla eurolla yleishallinnon palveluja. Palveluhankintojen arvoihin sisältyy myös kuntien ja kuntayhtymien sisäisiä eriä.[21]

Painopiste on aikaisemman hankintalain säätämisen, vuoden 1994 jälkeen siirtynyt tavarahankinnoista palveluhankintoihin. Sosiaali- ja terveyspalvelujen hankkiminen yksityisiltä palvelutuottajilta tai järjestöiltä on lisääntynyt viime vuosina ja hankintojen arvioidaan lisääntyvän myös tulevaisuudessa. Palvelujen kilpailuttamiseen on liittynyt monia ongelmia, kuten palvelumarkkinoiden kehittymättömyys, järjestöjen palvelutarjontaan liittyvät kysymykset, sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen strategisen suunnittelun vajavaisuus, palvelujen

---

[19] Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry julkaisi keväällä 2004 selvityksen jäsenjärjestöjen kilpailuttamiskokemuksista. *Kittilä*, s. 13.

[20] Sosiaali- ja terveyspolitiikan strategiat 2010, s. 19, k. 4. Pääministeri Matti Vanhasen ensimmäisen hallituksen ohjelma.

[21] Tiedot on koottu lakia koskevasta hallituksen esityksestä, HE 50/2006 vp, s. 15 ss.

sisällön ja laatutason määrittelyyn liittyvät ongelmat sekä puutteet tietotaidossa.[22]

Kauppa- ja teollisuusministeriö selvitti viime vuosikymmenen lopulla käynnistämässään *Markkinoiden toimivuus* -hankkeessa markkinoiden ongelmia sellaisilla palvelualoilla, joilla yksityisten ja julkisten palveluntuottajien vuorovaikutus on voimakasta. Tällaisia alueita ovat mm. sosiaali- ja terveyspalvelut. Tutkimusraportissa todettiin, että sosiaali- ja terveyspalvelujen kokonaismarkkinat ovat Suomessa erittäin huomattavat ja siksi ei ole yhdentekevää, millaisissa kilpailullisissa olosuhteissa näitä palveluja tuotetaan. Valtaosan palveluista todettiin olevan kilpailun ulkopuolella. Ministeriön mielestä sosiaali- ja terveyspalveluja voidaan tuottaa kilpailullisesti ja samalla voidaan säilyttää julkisen rahoituksen tarkoitus palvelujen jakautumisesta tasa-arvoisesti niitä tarvitseville.[23]

Kuntien kokemuksia palvelujen kilpailuttamisesta kuvaa Kuntaliiton vuonna 2003 teettämä kuntaselvitys. Siitä ilmenee, että yleensä kuntien kokemukset palvelujen ostamisesta ovat olleet myönteisiä, mutta sosiaali- ja terveyspalveluiden kilpailuttamiseen suhtaudutaan varauksellisesti. Ostokokemukset näyttävät rajoittuvan palvelujen hankintaan yleishyödyllisiltä järjestöiltä ja toisilta julkisyhteisöiltä, mutta ei niinkään yrityksiltä. Yleisin syy sille, etteivät kunnat osta nykyistä enemmän lakisääteisiä peruspalveluja yksityisiltä tuottajilta, vaan tuottavat ne itse, on kuntakyselyn mukaan markkinoiden kehittymättömyys. Noin kolmasosa kunnista mainitsee syyksi myös sen, ettei ostamisella kuvitella saavutettavan kustannussäästöjä tai palvelujen parempaa laatua tai että ne haluavat pitää kiinni omasta tuotannosta. Ostamisen esteenä on mainittu myös sitä koskevien poliittisten päätösten puuttuminen.[24]

Kuntien oman toiminnan tuotteistus ja kustannuslaskenta olivat kyselyn ajankohtana vuonna 2003 vielä niin kehittymättömiä, että ostopalvelujen ja itse tuotettujen palvelujen hinta- ja laatuvertailut olivat ilmeisen hankalia. Ilmeisesti ostopalveluihin on usein jouduttu turvautumaan siksi, että järjestämisvelvoite on pakottanut tuottamaan palvelut siitä riippumatta, ovatko ne taloudellisesti edullisia. Eniten kilpailutetut alat ovat lääkäripalvelut ja diagnostiset palvelut.[25]

Kilpailuttamisen kokemuksia kartoitettiin myös vuonna 2004 ilmestyneessä sosiaalibarometrissa. Siinä etsittiin asiantuntijoiden näkemyksiin pohjautuvaa

---

[22] Ibid.

[23] *Melin – Paunio*, s. 147. *Södergård* (2001) teki kauppa- ja teollisuusministeriön tilauksesta tutkimuksen Markkinoiden toimivuus III: Kuntasektori palvelujen tilaajana, Nykytilanteen ääriviivat ja kehittämisehdotukset. Tutkimuksessa selvitettiin syitä, miksi kuntien yksityiseltä sektorilta tehdyt palveluhankinnat eivät ole merkittävästi lisääntyneet. Tutkimuksessa pyrittiin luomaan käsitys kuntasektorista markkinana.

[24] *Linnakko*, s. 67–68.

[25] *Linnakko*, s. 69–70.

arviota kansalaisten hyvinvoinnista ja hyvinvointipalvelujen nykytilanteesta. Kyselyn vastaajina olivat hyvinvointipalveluja tuottavien organisaatioiden – sosiaali- ja terveystoimen, Kansaneläkelaitoksen ja työhallinnon paikallistoimistojen sekä keskeisempien sosiaali- ja terveysjärjestöjen – johtajia tai johtavassa asemassa olevia henkilöitä. Viidennes vastaajista arvioi, ettei kilpailuttamisella ole ollut juurikaan vaikutuksia. Yhtä suuri osuus vastaajista piti kilpailuttamista näennäistoimintana, koska todellisia vaihtoehtoja ei ollut tarjolla. Viidennes vastaajista, jotka näkivät kilpailuttamisella olleen myönteisiä vaikutuksia, arvioi oman kustannustietoisuutensa, palvelujen hinta–laatu-suhteen parantuneen sekä palvelutarjonnan monipuolistuneen. Kielteisiä vaikutuksia kilpailuttamisella arvioi olleen kolmannes vastaajista. Heistä suurin osa arvioi kilpailuttamisen lisänneen byrokratiaa ilman todellisia hyötyjä. He arvioivat kilpailuttamisen soveltuvan huonosti sosiaali- ja terveyspalveluihin, tuottavan epävarmuutta sekä vaikeuttavan palvelun joustavaa järjestämistä asiakkaiden kannalta.[26]

STAKESin terveyspalvelujen kilpailuttamista koskevassa selvityksessä [27] esitettiin kritiikkiä sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinaehtoistamisesta. Sen mukaan viimeaikaiset katsaukset eivät tue näkemyksiä kilpailun ja markkinamekanismien oletetuista positiivisista vaikutuksista terveyspalvelujen piirissä. Ruotsin kokemusten perusteella näyttäisi siltä, että terveydenhuollon kilpailuttamista ajavat elinkeinopoliittiset intressitahot.[28] Vanhusten palveluissa huolta on nostanut palvelutuottajien monopolisoituminen. Kustannukset eivät olisi vähentyneet eikä laatu parantunut. Yleistä kilpailuttamisessa ja markkinaehtoistamisessa näyttää olevan toimivien markkinoiden puute sekä sovellettavuuden rajallisuus. Tavoitteistaan huolimatta julkisen sektorin reformit eivät ole kyenneet luomaan toimivia markkinoita terveydenhuoltoon ja ”toimiessaan” markkinat ovat johtaneet usein eettisesti ongelmallisiin vinoutumiin, jotka ovat pysäyttäneet kokeilun. Pienissä kunnissa riski julkisen monopolin vaihtumisesta yksityiseksi on suuri. STAKESin selvityksessä todetaan, ettei kilpailuneutraalisuus aina merkitse sosiaali- ja terveyspoliittista neutraalisuutta. Lisäksi selvityksessä esitetään lähinnä retorisena kysymyksenä, ”onko kansallisen lainsäädäntömme osalta mielekästä katsoa sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintojen olevan yhteismitallisia muiden julkisen sektorin palveluhankintojen kanssa”.

---

[26] Sosiaalibarometri 2004.

[27] *Koivusalo*, s. 22 ss.

[28] Termiä *markkinaehtoistaminen* on yleensä käytetty kuvaamaan toimintatapaa, jossa resurssien kohdentamispäätös tehdään markkinasignaalien perusteella ja ohjaamana. Tällöin on olemassa markkinapaikka, jossa myyjä ja ostajapuoli sopivat vaihdantatapahtumista markkinapaikalle toimittamiensa ja vastaanottamiensa markkinasignaalien pohjalta. Ks. Markkinat ja kilpailu kuntien tuotantotoiminnassa, s. 17 ja kilpailuviraston vuosikirja 2001, s. 41–45. Termi liittyy toimivien markkinoiden käsitteeseen, jota selvitetään tutkimuksessa myöhemmin.

Vanhusten, mielenterveyspotilaiden ja vammaisten hoivapalvelut sekä päihdehuolto ovat monessa maassa kokeneet paljon radikaalimpia yksityistämis- ja markkinoistamistoimia kuin terveydenhuollon ytimeksi koetut sairauksien lääketieteelliset diagnosointi- ja hoitotoimenpidepalvelut. Kolmannen sektorin palveluntuottajat ja hoivaavat omaiset ovat usein joutuneet tässä markkinoistumisprosessissa suurimpien muutosten kohteeksi. Kun ne eivät ole julkisia toimijoita, markkinoistamisreformit ovat usein edellyttäneet niiltä yritysvoittoon pyrkivän yrityksen toimintaperiaatteita. Joidenkin arvioiden mukaan juuri kolmas sektori on muuttunut eniten markkinoistamisreformin seurauksena esimerkiksi Englannissa.[29] ”New public management” -johtamismallin on katsottu olleen tyypillistä 1990-luvun suoritetalouteen perustuvassa ajattelussa. Sen eetoksena ovat palvelujen ohjautuvuus markkinamekanismin perusteella, tehokkuus, itsepalveluun tottunut kuluttaja ja tilaajan voimakas rooli tuotannon valvojana.[30]

Markkinaehtoistamista kohtaan esitetyn kritiikin perustana ovat olleet muissa maissa saadut kokemukset. Kysymys liittyy osittain myös julkisen sektorin johtamisen ja ohjausjärjestelmien kehittämiseen. Esimerkiksi vapaiden tai täysimittaisten markkinoiden sijasta on käytännössä esitetty puolittaismarkkinoita. Niissä monopoliasemassa olevalle palvelun rahoittajalle on luotu periaatteelliset mahdollisuudet kilpailuttaa palvelun tuottajia, mutta palvelun käyttäjälle ei markkinatoimijan asemaa ole suotu.[31] Käytännössä sovellus on voinut olla palvelun rahoittajan ja tuottajan hallinnollinen erottaminen toisistaan ilman, että kummallekaan puolelle olisi saatu luotua kilpailua. Kun on havaittu, etteivät markkinat käytännössä toimi, kun paikallisille markkinoille ei tulekaan kilpailevia yrityksiä, on apuun tarvittu julkisen sektorin elinkeinotukia ja muuta sekaantumista kilpailun synnyttämiseksi.[32]

Sosiaali- ja terveysministeriön mielestä sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä tarvitaan myös Raha-automaattiyhdistyksen tukea. Kansalaisjärjestötoimintaa koskeneessa raportissa ministeriö on ilmaissut tukevansa palvelutuotannon kilpailuttamista ja tuotteistamista, jotta saataisiin aikaan kustannustietoisuutta, laatua ja hyviä käytäntöjä.[33] Ministeriö on edellyttänyt Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan ohjauksessa, että tietyt kuntien palveluhankinnat järjestöiltä on kilpailutettava.[34]

Yksityinen yritystoiminta sosiaalipalvelujen tuottamisessa on ollut vähäistä. Tämä johtuu vielä ennen vuoden 1982 Valtava-uudistusta voimassa olleesta lain-

---

[29] *Lehto*, s. 35 ss.
[30] *Mokka – Neuvonen*, s. 85.
[31] Ks. myös *Palola – Särkelä*, s. 105.
[32] *Saltman – Busse – Mossialas*.
[33] Järjestöt sosiaali- ja terveyspolitiikan toimijoina, s. 15.
[34] STM:n on muistio 27.8.2001.

säädännöstä, joka velvoitti kunnat tuottamaan sosiaali- ja terveyspalvelut itse. Viime vuosikymmenellä myös valtiovalta alkoi kiinnittää huomiota kunnallisten sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinaehtoistamiseen. Yksityisen palvelutarjonnan toimintaedellytysten parantamista ovat vaatineet sittemmin myös alan yrittäjäjärjestöt.[35] Yritystoiminnan kehittymisen esteenä on väitetty olevan mm. erilaiset markkinamekanismin toimivuutta estävät julkisen sektorin rakenteelliset esteet, verotuksellinen kohtelu ja julkiset tuet mukaan lukien järjestöille annettavat raha-automaattiavustukset.[36]

Keskustelu sosiaali- ja terveysalan järjestöistä sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajina voimistui viime vuosikymmenellä, kun eräät alan yrittäjäjärjestöt vaativat kilpailuviranomaisten aktiivisia toimenpiteitä. Järjestöjen mielestä sosiaali- ja terveysjärjestöt ja niiden toimintaa avustuksin tukeva Raha-automaattiyhdistys vaikeuttavat yritysten toimintaa ja alalle pääsyä. Kilpailuvirasto osallistui aktiivisesti kuntien sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoiden selvitykseen ja samassa yhteydessä otti kantaa myös Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettyihin avustuksiin ja niiden kilpailuhaittoihin.

Kilpailuvirasto julkaisi vuonna 2001 selvityksen *Markkinat ja kilpailu kuntien tuotantotoiminnassa*. Johtopäätöksissään virasto totesi mm., että kunnallisen palvelutuotannon uudistumisen tulee kattaa myös palvelujen rahoitusjärjestelmän uudistuminen. Markkinoiden ja kilpailun tietoinen ja suunnitelmallinen käyttö kunnallisten päätöksentekijöiden työkaluina voi parantaa kunnan rahoittamien palvelujen kustannustehokkuutta ja laatua sekä kannustaa innovatiivisuuteen. Prosessin avulla eriytetään toisistaan tuotanto, rahoitus, poliittinen tilaamisvalta ja tilaamisen tekninen toteuttaminen kunnallispoliittisen päätöksenteon kulloinkin määrittelemällä tavalla. Selvityksen ydinhuomiona voidaan pitää sitä, että lyhyellä aikavälillä kunnan omat yksiköt kilpailisivat palvelujen tuottamisesta ulkopuolisten yritysten kanssa.[37]

Kilpailuvirasto selvitteli järjestöille myönnettävien raha-automaattiavustusten kilpailuvaikutuksia.[38] Raha-automaattiyhdistys allekirjoitti selvityksen kuluessa

---

[35] Ks. esim. Julkisten palvelujen rakenne Suomen suurimmissa kaupungeissa, s. 40 ss.

[36] Kilpailuviraston muistio ja siihen liittyvä loppulausunto 4.12.2000, Dnro 216/61/2000.

[37] Markkinat ja kilpailu kuntien tuotantotoiminnassa, s. 59 ja s. 69 ss.

[38] Kilpailuviraston kirje 24.3.2000, Dnro 96/61/99, s. 7 ss. Viraston mielestä avustuksilla saattoi olla merkittävää kilpailuvaikutusta. Tuki voi vääristää kilpailua tuen vaikutuspiirin ulkopuolelle jätettäväksi tarkoitetussa samankaltaisessa toiminnassa, jolloin tuki laajenee horisontaalisesti. Tuki voi vääristää kilpailua myös vertikaalisen jalostusketjun muissa vaiheissa eli panosmarkkinoilla tai markkinoilla, joilla tarjottavaan hyödykkeeseen nähden tuettu toiminta on panoksen asemassa. Tuki saattaa viraston mielestä johtaa ristisubventioon tuetun toiminnan ja sanotun muun toiminnan välillä. Suoranaisen ristisubvention lisäksi tuki saattaa muodostaa tuetulle järjestölle kustannusedun (esimerkiksi mittakaavaedun), jota muut toimijat eivät voi saavuttaa (investointivaatimusten ollessa liian suuret jäljellä olevaan markkinapotentiaaliin nähden), ja joka voi ratkaista tuetun toiminnan ulkopuolella tuetun järjestön hyväksi ilman varsinaista ristisubventiota. Tuki

Suomen Yrittäjät ry:n kanssa suosituksen kilpailunäkökohtien huomioonottamiseksi avustustoiminnassa. Siinä sovittiin muodostettavaksi myös pysyvä keskusteluyhteys Raha-automaattiyhdistyksen, palveluja tuottavia yrityksiä edustavien järjestöjen, kuntien, sosiaali- ja terveysministeriön sekä kauppa- ja teollisuusministeriön välille.[39]

Viraston selvitys kohdistui erityisesti vanhuksille tarkoitettuun, Raha-automaattiyhdistyksen tukemaan kotipalveluun, pitopalvelujen tarjoamiseen muille kuin avustettavan järjestön varsinaiselle kohderyhmälle sekä sairaankuljetustoimintaan. Kilpailuviraston mielestä Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettävällä tuella voi olla merkittäviä kilpailuvaikutuksia. Kilpailuvirasto päätti selvityksensä vuonna 2001 toteamukseen, jonka mukaan tulevaisuudessa on ilmeisen välttämätöntä tarkistaa myös niitä periaatteita, joille Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminta perustuu. Pitkällä aikavälillä käy ilmeisen kestämättömäksi yleishyödyllisyyden peruste, joka rajaa pois avustusten saajien joukosta muut kuin sellaiset yleishyödylliset yhteisöt ja säätiöt, joiden toimiala oli raha-automaatti-asetuksessa (676/67) mainittu. Selvitysprosessin lopputuloksena syntyi myös suosituksia Raha-automaattiyhdistyksen avustusprosessin kehittämiseksi.[40]

Elinkeinoelämän valtuuskunta (EVA) näyttäisi olevan kilpailuviraston ja yrittäjien kanssa samassa rintamassa. Sen julkaisemassa raportissa todetaan, etteivät terveys- ja sosiaalipalvelut ole julkishyödykkeitä, eikä niitä siksi välttämättä tarvitse tuottaa julkisen sektorin toimesta. Markkinat ovat valmiit hoitamaan tarjonnan. Julkisella sektorilla on silti rooli paitsi tilaajana myös rahoituksen varmistajana.[41]

Kauppa- ja teollisuusministeriön mukaan on tärkeää luoda aito mahdollisuus kehittää ja kokeilla uusia toimintatapoja hoivapalvelujen tuottamiseksi. Monituottajamallissa palvelujen tuottajina toimisivat julkisen sektorin rinnalla niin yksityiset yritykset kuin yhdistyksetkin. Naisvaltaisen julkisen sektorin avaaminen yrittäjyydelle luo mahdollisuuden naisyrittäjyyden kasvulle. Kilpailuttaminen ei tarkoita automaattisesti hoivapalvelujen yksityistämistä. Kilpailuttaminen on vain yksi keino kohentaa palvelutarjontaa ja parantaa palvelujen laatua. Kunnat olisivat palvelujen markkinoijia ja laadun tarkkailijoita.[42] Kysynnän ja tarjon-

---

voi myös muuttaa päätöksentekijöiden suhtautumista erilaisiin liiketoiminnallisiin riskeihin ja tätä kautta johtaa rakenteellisiin muutoksiin markkinoilla.

[39] Suositus kilpailunäkökohtien huomioonottamiseksi Raha-automaattiyhdistyksen (RAY) avustustoiminnassa, 17. päivänä huhtikuuta 2000.

[40] Kilpailuviraston muistio ja lausuntopyyntö Raha-automaattiyhdistykselle 4.1.2001, Dnro 216/61/2000.

[41] *Kanniainen*, s. 30 ja 32.

[42] KTM:n tiedote 24.2.2003, *Mönkäre*.

nan lain toimivuutta hintoja alentavana mekanismina on myös epäilty vahvasti.[43]

Sosiaali- ja terveyspalvelut on Suomessa haluttu yksiselitteisesti pitää kansallisessa päätösvallassa. Kuntaliitto on kilpailupoliittisessa strategisessa linjauksessaan KL 4.6.2002 pitänyt tärkeänä kunnallisen päätäntäoikeuden säilyttämistä palvelujen järjestämistavasta: ”Kunnilla on itsehallinnolliseen asemaan perustuva oikeus päättää vastuullaan olevien palvelujen järjestämistavasta. Tätä oikeutta ei tule kyseenalaistaa eikä missään muodossa rajoittaa. Järjestämistehtävä antaa kunnille oikeuden päättää, tuotetaanko palvelut itse vai hankitaanko ne kunnan ulkopuolelta. Itsetarkoitus ei ole se, kuka palvelut tuottaa, vaan se, että palvelut järjestetään kuntalaiselle mahdollisimman hyvin.”

Vaatimus kansallisen päätösvallan säilyttämisestä ilmeni myös Eduskunnan suuren valiokunnan lausunnosta 8.10.2004. Valiokunta edellytti ehdotuksesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla antamassaan lausunnossa, ettei direktiivi saa vaikuttaa Suomen oikeuteen päättää itse sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistavasta. Samaten Raha-automaattiyhdistyksen rahapelitoiminta, jolla osittain on rahoitettu näiden palvelujen tuottamista, tulee sulkea direktiiviin soveltamisen ulkopuolelle.[44]

* * *

Sosiaali- ja terveyspalvelujen toimintakentässä toimivien julkisen vallan edustajien, järjestöjen ja yritysten näkökulmat ovat edellä kuvatun perusteella keskenään jännitteisiä ja osin ristiriitaisia, ja jännitteisyys ulottuu myös mielipideryhmien sisälle. Esimerkkinä tästä on eri ministeriöiden edustajien näkemysten eroavuus markkinoiden mahdollisuudesta huolehtia sosiaali- ja terveyspalveluille asetetuista tavoitteista. Osa toimijoista on sitä mieltä, ettei palvelujen kilpailuttamisella voida lainkaan järjestää sosiaali- ja terveyspalveluja. Suurin kielteisyys kilpailuttamiseen vallitsee selvästikin järjestöjen piirissä, mutta vastaava mielipide näkyy myös kunnissa. Järjestöjen näkemys perustuu epäilemättä aitoon sisäistettyyn järjestöideologiaan, mutta taustalla voi olla myös perinteisen toimintatavan muuttamisen aiheuttama reaktio. Kuntien mielipiteisiin vaikuttanevat myös taloudelliset tekijät.

Suomalainen hyvinvointimalli ja sen järjestämistapa haluttaan säilyttää. Euroopan sosiaalisesta mallista käytävään keskusteluun liittyen eduskunnan suuri valiokunta on pitänyt Suomen EU-politiikan välttämättömänä tavoitteena, että suomalaisen hyvinvointijärjestelmän erityispiirteet turvataan. Julkisten palveluiden ohella järjestelmäämme liittyy voimakkaasti kolmannen sektorin eli yleis-

---

[43] ”Hinta kiipeää hurjasti yksityisissä hoivayrityksissä”, artikkeli Talouselämässä, 8.12.2004.
[44] SuVL 2/2004 vp – U 31/2004 vp.

hyödyllisten järjestöjen osuus, johon valiokunnan mielestä EU:n sisämarkkina-, kilpailu- ja valtiontukisäännökset soveltuvat tietyin osin varsin huonosti.[45]

Kilpailuviranomaiset ja yritykset ovat yhtenäisin ryhmä, joka vaatii kilpailuttamisen ulottamista merkittävästi nykyistä laajemmin myös sosiaali- ja terveyspalveluihin. Taustalla on viranomaisen rooliin kuuluva erityistehtävä edistää kilpailun ja markkinoiden toimintaan perustuvan palvelutuotannon syntyä, sekä yrittäjyyteen luonnollisena piirteenä kuuluva oman edun valvonta. Kuntia painaa ongelma sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämiseen käytettävissä olevien varojen ja henkilöstön riittävyydestä, ja palvelujen ulkoistamisen ja kilpailuttamisen arvioidaan olevan tässä suhteessa mahdollisuus. Kunnat haluavat kuitenkin säilyttää päätäntävaltansa siinä, miten palvelut järjestetään.

Järjestöjen rahoituksesta osa on julkista tukea, ja tuesta merkittävä osa on Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettyjä avustuksia. Tähän liittyy suuren valiokunnan edellä todettu kanta rahapelitoiminnan erityispiirteistä. Kysymys on perinteisesti ollut verkostomaisesta yhteistoiminnasta järjestöjen, kunnan ja valtion välillä, jossa valtio on ohjannut varoja järjestöille raha-automaattiavustuksista annetun lainsäädännön perusteella, ja järjestöt ovat osin näiden varojen avulla ja osin vapaaehtoispanostuksin tuottaneet palveluja kunnan osoittamille asukkaille.[46] Verkostomaisessa toiminnassa usein halutaan puhua molempia osapuolia hyödyttävästä kumppanuudesta. Kumppanuus on pitkäaikainen toimintamalli, joka muodostuu yhdenvertaisista osapuolista, joilla on toisiaan täydentäviä kompetensseja. Sen avulla pyritään vastaamaan johonkin laajaan ja monimutkaiseen strategiseen haasteeseen, joka on tärkeä kaikille osapuolille. Kumppanuus edellyttää rajojen ylittämistä ja vastuu toiminnan kehittämisestä kuuluu kaikille osapuolille. Kumppanuus vaatii myös uudenlaisia ennakoivia sopimuksia.[47]

Jo 1990-luvun alkupuolella voimaan tulleen julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön mukaan kuntien velvollisuutena on ollut kilpailuttaa palveluhankintansa, jolloin järjestöjä on pidetty palvelujen tarjoajina samassa asemassa kuin yksityisiä yrityksiä. Sosiaali- ja terveyspalveluhankinnat olivat yhtä lailla kilpai-

---

[45] Samaan ongelmakenttään valiokunta on liittänyt myös tarpeen turvata kansallinen rahapelitoiminta ja sen nykyinen yksinoikeuteen perustuva sääntelymalli. SuVL 3/2005 vp – E 19/2005 vp, s. 6 ss. Lausunto liittyy Suomen EU-puheenjohtajuuskauden tavoitteisiin.

[46] Möttösen ja Niemelän mukaan verkostoperiaatteessa korostuu suhteiden tasa-arvoisuus. Järjestöt eivät ole julkiselle toiminnalle alisteisia, vaan itsenäisiä ja yhteistyösuhteissaan tasa-arvoisia. Toisaalta järjestöjen tulee ryhtyä yhteistyöhön avoimesti ja sillä ajatuksella, että yhteistyö tuo hyötyjä myös julkista sektoria. Ks. *Möttönen – Niemelä*, s. 104.

[47] Kumppanuus organisaatioiden välisen yhteistoiminnan mallina, prof. *Engström*. Muistio Teroka-hanketta varten. (Sosioekonomisten terveyserojen kaventamisen kumppanuushanke TEROKA on tutkijoiden käynnistämä yhteistoimintakokeilu, jossa kartoitetaan yhteistyön mahdollisuuksia ja kehitetään menetelmiä terveyserojen kaventamiseksi eräillä keskeisillä terveyspolitiikan ja terveyden edistämisen alueilla.)

lutusvelvoitteen piirissä kuin kunnan muut hankinnat.[48] Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettävät avustukset on aikaisemmassa yhdistystä koskevassa tutkimuksessa määritelty oikeudelliselta luonteeltaan harkinnanvaraisiksi valtionavuiksi.[49] Tätä harkintaa näyttävät nyt hankintalainsäädännön määräykset rajoittavan merkittävästi.

Vain järjestöille suunnattujen tukien on katsottu olevan kilpailua häiritsevä tekijä. Aivan viimeaikaiseen keskusteluun on nostettu ajatus siitä, että kunta voisi palveluja kilpailuttaessaan päättää, hankitaanko palvelut voittoa tavoittelevilta vai voittoa tavoittelemattomilta yhteisöiltä. Palvelun tuottajat jaettaisiin siten kahteen erilliseen kategoriaan. Samassa yhteydessä on julkisten tukien epäjohdonmukaisuutta moitittu siksi, että esimerkiksi sosiaalialan järjestöille Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnetty tuki loma- ja kylpyläkeskusten rakentamiseen lopetettiin kilpailua vääristävänä, mutta elinkeinopoliittista tukea yrityksille on edelleen voitu myöntää. Elinkeinopoliittista investointitukea perustellaan sillä, että kyse on tuottavuuden ja tuotannon lisäämisestä ja työpaikkojen luomisesta. Tuet tulisi tasapuolisuuden nimissä sallia myös järjestöjen palveluihin, sillä sosiaalipoliittinen tuki tähtää työ- ja toimintakyvyn ylläpitämiseen ja työntekijän työllistymisen parantumiseen.[50] Miksi raha-automaattiavustuksia ei voitaisi myöntää samoista syistä kuin yritystukia?

Viime vuosien oikeudellisen ja käytännön toimintaympäristön kehityksen seurauksena raha-automaattiavustuksia on alettu vähin erin suunnata vain sellaisille alueille, joilla avustuksien ei ole nähty aiheuttavan ongelmia markkinoiden toimivuuteen ja kilpailuun. Järjestöjen suhtautuminen tähän kehitykseen ei ole ollut kritiikitöntä. Järjestöjen mielestä markkinalogiikka uhkaa hävittää osan järjestökentästä, kuten on jo tapahtunut eräissä Euroopan unionin jäsenmaissa.[51] Huoli on syntynyt siitä, ettei ole olemassa korvaavaa rahoitusta. Muun muassa ikäihmisten ja eri tavoin vammaisten ihmisten mahdollisuuksien asua itsenäisesti omassa kodissaan on katsottu vaarantuvan, elleivät kunnat pysty ottamaan nykyistä selvästi suurempaa vastuuta näiden palvelujen tuottamisesta.[52]

Järjestöjen julkinen rahoitus ja aito järjestöideologia herättivät huolestunutta pohdintaa jo parisen vuosikymmentä sitten. *Halila* kiinnitti silloin huomiota erääseen merkittävään kansalaisjärjestötoimintaa kohtaavaan uhkaan, joka saattaa realisoitua järjestöjen saadessa julkisia tukia. Yhdistyksille myönnetään julkisista varoista tuntuvia avustuksia ja verolainsäädännöllä suositaan monin ta-

---

[48] Tätä tutkimusta edelsi lisensiaatintutkimukseni, Raha-automaattiyhdistys ja kilpailu – Tutkimus kilpailuoikeuden vaikutuksista RAY:n avustustoimintaan erityisesti silmällä pitäen sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisvelvoitetta (2003).

[49] *Myllymäki – Tetri*, s. 144.

[50] *Arajärvi – Välimäki*, Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen on taitolaji.

[51] *Särkelä*, s. 7.

[52] *Särkelä – Vuorinen – Peltosalmi* 2005, s. 97.

voin yhdistyksiä – erityisesti niitä, joita pidetään yhteiskunnallisesti merkittävää toimintaa harjoittavina yleishyödyllisinä yhteisöinä. Huolimatta siitä, miten yhdistysten saamaan tukeen muuten suhtaudutaan, on *Halilan* mukaan kiinnitettävä huomiota syntyneisiin järjestöllisiin ongelmiin: monet tuetuista yhdistyksistä ovat tulleet varsin riippumattomiksi jäsentensä taloudellisesta ja toiminnallisesta panoksesta.[53]

Kaiken kaikkiaan sosiaali- ja terveyspalvelujen piirissä olevilta vastuullisilta toimijoilta näyttää puuttuvan tietoa toiminnan oikeudellisista perusteista, mitä viime vuosikymmenen nopea yhteiskunnallinen ja oikeudellinen kehitys huomioon ottaen ei ole syytä ihmetellä. Taloudellinen kehitys, väestön demografiset muutokset, kansalaisten lisääntyneet odotukset ja Suomen liittyminen Euroopan talousalueeseen vuonna 1994 ja vuotta myöhemmin Euroopan unioniin ovat muodostaneet uuden, aikaisempaa vaativamman toimintaympäristön.

Matti Karin ja *Jari Markwortin* selvityksessä ”Kolmas sektori EU:ssa ja eräissä Euroopan maissa” on kuvattu kolmannen sektorin tulevaisuudennäkymiä. Kysymys on selvityksen mukaan siitä, millaiseen rooliin järjestöt asettuvat tulevaisuuden yhteiskunnissa. Osa järjestöistä siirtyy lähemmäs markkinoilla toimivia yrityksiä, ehkä muuttuvatkin sellaisiksi, ja osa siirtyy lähemmäksi julkista hallintoa muodostuen lähinnä virastoksi. Kolmas ryhmä jää kolmannen sektorin toimijoiksi perinteisessä mielessä.[54]

Uusliberalismin vahva vaikutus ja ”kolmannen tien” etsintä merkitsevät uutta työnjakoa valtion ja yhteiskunnan välillä. Tässä ideologiassa korostetaan aktiivista kansalaista, joka omaksuu vanhat ja uudet vapaudet ja vastuut klassisen liberaalin tasavaltalaisuuden mielessä. Käytännössä julkinen sektori on antanut ja antaa toimintojaan pois itseltään suurelta osin yksityisille toimijoille. Tämä avaa mahdollisuuden kolmannen sektorin laajenemiselle sekä perinteisessä muodossaan että myös uusien muotojen mukaisesti.[55] Käsillä olevan tutkimuksen kan-

---

[53] *Halila*, 1984, s. 476.

[54] Skenaariot perustuvat lähteeseen *H. Anheier*, Analytical Framework, Citizens’ Forum, *NGOs – key players in democratic governance*, Strasbourg, 4–5 November 2002.

[55] *Kari – Markwort*, Kolmas sektori EU:ssa ja eräissä Euroopan maissa, s. 18 ss. Selvityksessä on hahmotettu kolmannen sektorin tulevaisuuden skenaarioita: 1) *Uuden julkisen hallinnon skenaario*: Kolmas sektori ottaa hyvin järjestäytyneenä toimijana tehtäviä julkiselta hallinnolta tämän toimiessa ohjaajana. Tämä tapahtuu tiukasti kilpailuprosessien ja sopimusjärjestelyjen puitteissa, joissa pyritään maksimoimaan kilpailun edut monimutkaisilla sosiaalipalvelujen markkinoilla. 2) *Sosiaalisen pääoman skenaario*: Kolmas sektori on itseorganisoitunut ”näennäisvaltiollinen” toimija, joka painottaa kansalaisyhteiskuntaa ja jossa on kunniassa korkean tason yksilöllisyys, osallistuminen ja yhteyksellisyys (*connectivity*). Se ehkäisee ennalta sosiaalisia ongelmia ja asettuu hyvin yhteiskunnan kokonaisrakenteeseen. Julkinen hallinto on pieni ja rajoittunut teknokraattisiin tehtäviin. 3) *Liberaali skenaario*: Kolmas sektori toimii julkisen hallinnon ja markkinoiden välissä tasapainottavana voimana, joka valvoo kummankin ”oikeaa” toimintaa ja tuottaa samalla yhteiskuntaan diversiteettiä, pluralismia ja dynamismia. 4) *Korporatistinen malli*: Kysymys on liike-elämän tunkeutumisesta kansalaisyhteiskuntaan. Korporaatiot laajenevat sosiaalisten ohjelmien kaut-

nalta on kiinnostavaa selvittää, millaisia institutionaalisen yhteistyön rakenteita olisi mahdollista rakentaa valtion ja järjestöjen ylläpitämän vapaaehtoistyön ja julkisen sektorin välille.[56]

Tämän tutkimuksen suuntaamiseksi on seuraavassa hahmoteltu *Karin* ja *Markwortin* selvityksestä ilmenevien tulevaisuudennäkyminen perusteella sosiaali- ja terveysjärjestöjen asemasta vaihtoehtoisia hypoteeseja. Niitä voidaan luonnehtia järjestöjen yhteiskunnallisiksi roolivaihtoehdoiksi. Viimeaikaisessa keskustelussa esitetyt näkemykset ovat olleet varsin ristiriitaisia, mutta juuri siksi hyviä hypoteesien muodostamiseksi.

Suomen liittymisen Euroopan talousyhteisöön vuonna 1994 voidaan ajatella muuttaneen palveluja tuottavien sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellista asemaa siten, että järjestöt vähitellen rinnastuvat oikeudellisesti yritysten asemaan. Tässä muutoksessa Euroopan yhteisön sisämarkkina- ja kilpailupoliittiset tavoitteet nousevat kansallisessa päätöksenteossa sosiaalipoliittisten tavoitteiden rinnalle ja ehkä jopa niiden edelle. Edellä olevasta seuraisi se, ettei nykykäytännön mukaisten julkisten tukien myöntäminen järjestöille sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamiseksi olisi enää mahdollista.

Tutkimuksellinen jännite muodostuu siitä, että toisessa hypoteesissa sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisen perusteena olevat kansalliset sosiaalipoliittiset tavoitteet voidaan asettaa myös Euroopan yhteisön oikeuden puitteissa ensisijaisiksi sisämarkkina- ja kilpailupoliittisiin tavoitteisiin nähden. Sama etusijajärjestys pätisi myös kansallisen oikeuden näkökulmasta. Sosiaalipoliittisten tavoitteiden toteuttamisessa järjestöillä olisi jatkossakin yrityksiin nähden erityinen rooli. Tässä tilanteessa järjestöt voisivat vahvistaa julkista palvelujärjestelmää täydentävää rooliaan. Sosiaalipoliittisten tavoitteiden etusija saattaisi merkitä samalla sitä, että sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja ei lainkaan kilpailutettaisi. Sosiaalipoliittisten tavoitteiden huomioon ottaminen olisi mahdollista kansallisella päätöksenteolla ilman, että Euroopan yhteisön lainsäädäntö sitä rajaisi.

Kolmantena, kahden edellä olevan vastakkaisen hypoteesin yhdistelmänä on väitettävissä, että kilpailupoliittiset tavoitteet on mahdollista sovittaa ristiriidattomasti yhteen sosiaalipoliittisten tavoitteiden kanssa. Yhteensovittaminen olisi mahdollista ilman, että Euroopan yhteisön tai kansallisen tason oikeus sen estäisi. Tämä saattaisi pakottaa miettimään uudella tavalla järjestöjen tehtäviä toisaalta suhteessa kuntiin ja toisaalta yrityksiin. Sosiaali- ja terveysjärjestöille olisi

---

ta tuottamaan yhdessä kolmannen sektorin organisaatioiden kanssa aikaisemmin julkiselle vallalle kuuluneita sosiaaliturvaa ja sosiaalipalveluja sekä muita yhteiskunnan tarvitsemia palveluja.

[56] Rifkin on kirjassaan *Työn loppu* (1997) nähnyt merkittävän mahdollisuuden yhteiskunnan kehittymiseen kolmannen sektorin kautta. Sosiaalitalous tarjoaisi suojasataman kolmannen teollisen vallankumouksen syrjäyttämille ihmisille. Myös sosiaalisten peruspalvelujen tarjoamisen vastuun Rifkin siirtäisi yhä enemmän kolmannen sektorin vastuulle. Vallan ja vastuun antamisesta kolmannelle sektorille *Rifkin*, 1997, s. 246–285, ks. erityisesti s. 284.

mahdollista antaa hyvinvointipalvelujen järjestämisessä erityinen tehtävä, joka tukee kansalaisjärjestötoiminnan tavoitteita. Järjestöille olisi löydettävissä oma tila julkisten toimijoiden ja yritysten välissä.

2 Tutkimustehtävä ja sen rajaukset

Tämän tutkimuksen kohteena on raha-automaattiavustuksia saavien sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellinen asema kuntien järjestäessä asukkailleen sosiaali- ja terveyspalveluja. Eräs peruskysymyksistä on, millä edellytyksillä julkisia avustuksia saavat järjestöt voivat olla sosiaali- ja terveyspalvelujen toteuttajina. Tutkimuksen kannalta merkittävänä havaintona voidaan pitää sitä, että oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin on turvattu sosiaalisena perusoikeutena perustuslain (731/1999) 19 §:n 3 momentissa. Siinä kyseisen perusoikeuden toteuttaminen säädetään julkisen vallan velvollisuudeksi siten kuin lailla erikseen säädetään. Yleisesti julkisen vallan velvollisuus turvata perus- ja ihmisoikeuksien toteutuminen sisältyy perustuslain 22 §:ään. Tästä huolimatta kolmannen sektorin järjestöt ovat tuottaneet sosiaali- ja terveyspalveluja. Järjestöihin näyttää edellä selostetun mukaisesti kohdistuvan jatkossakin merkittäviä odotuksia kyseisten palvelujen aikaansaamisessa. Yhdistykset eivät kuitenkaan näyttäisi kuuluvan julkisen vallan piiriin, sillä niiden toimintaa sääntelee yksityisoikeudellisista yhdistyksistä annettu yhdistyslaki (503/1989).

Sosiaalisten perusoikeuksien ohella eräs julkisen vallan turvaamisvelvollisuuden piiriin kuuluvista perusoikeuksista on perustuslain 13 §:n 2 momentin mukainen jokaiselle kuuluva yhdistymisvapaus. Yhdistymisvapauteen sisältyy oikeus ilman lupaa perustaa yhdistys, kuulua tai olla kuulumatta yhdistykseen ja osallistua yhdistyksen toimintaan.

Raha-automaattiyhdistyksellä on arpajaislakiin (1047/2001) perustuva yksinoikeus harjoittaa kyseisessä laissa määrättyä rahapelitoimintaa. Yhdistyksen järjestysmuodosta ja hallinnosta säädetään valtioneuvoston asetuksessa Raha-automaattiyhdistyksestä (1169/2001). Tämä tutkimus ei kohdistu Raha-automaattiyhdistyksen rahapelitoiminnan yksinoikeuden perusteisiin. Tutkimustavoite liittyy muussa suhteessa kansainvälisessä vertailussa ainutlaatuisen raha-automaattijärjestelmän ylläpitämiseen. *Raha-automaattijärjestelmällä* tarkoitetaan tässä tutkimuksessa toiminnallista kokonaisuutta, joka muodostuu valtiosta osallisena Raha-automaattiyhdistystä koskevaan päätöksentekoon, Raha-automaattiyhdistyksestä pelitoiminta- ja avustusorganisaationa sekä avustuksia saavista sosiaali- ja terveysjärjestöistä. Arpajaislain 17 §:n mukaan pelitoiminnasta kertyvät tuotot käytetään terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Päätöksen tuotonjaosta tekee valtioneuvosto. Ainutlaatuiseksi raha-automaattijärjestelmän tekee se, että merkittävä osa järjestöjen rahoituksesta on voitu saada Raha-automaatti-

yhdistyksen rahapelitoiminnan tuotoista samalla, kun järjestöt ovat osallistuneet myös sen hallintoon. Perusteiltaan nykyinen järjestelmä perustettiin erityisellä säädöksellä jo vuonna 1938.[57]

Arpajaislain 17 §:ssä raha-automaattiavustusten käyttö on määritelty varsin laveasti siten, että tuottoa voidaan myöntää terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Mikä mahdollisuus on kohdistaa tätä rahoitusta palveluihin, joita kunnat hankkivat julkisia hankintoja koskevassa kilpailuttamismenettelyssä tai eräissä tilanteissa menettelyn ohittaen?

Tutkimustarve on käytännössä syntynyt tarpeesta selvittää raha-automaattivarojen käytön sekä periaatteellisia että käytännön kysymyksiä. Siksi tämän tutkimuksen tarkoituksena on toimia myös käsikirjanomaisena perusteoksena Raha-automaattiyhdistyksen toimintaan liittyviä kysymyksiä ratkottaessa. Näiden kahden tavoitteen toteuttaminen samanaikaisesti ei ole ongelmatonta, sillä käsikirja edellyttää myös akateemisessa tutkimuksessa itsestäänselvyyksinä pidettävien näkökohtien esille tuomista.

Tutkimustehtävän merkittävimpänä osakysymyksenä pyritään arvioimaan, millä tavoin laki julkisista hankinnoista (348/2007, jäljempänä hankintalaki) toteuttaa sosiaalisia perusoikeuksia. Miten yhteisön oikeus velvoittaa säätämään julkisten hankintojen yhteydessä sosiaali- ja terveyspalveluista ja millä tavoin voittoa tavoittelemattomat järjestöt kuuluvat näiden velvoitteiden piiriin. Vai onko voittoa tavoittelemattoman järjestön toiminnassa jotain sellaista erityisyyttä, joka sosiaalisen perusoikeuden toteutumisen kannalta puoltaisi järjestön valintaa ensisijaiseksi palvelun tuottajaksi?

Julkisia hankintoja koskeva hankintalaki säädettiin 30.4.2004 Euroopan virallisessa lehdessä julkaistun hankintadirektiivin eli julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/18/EY perusteella. Samanaikaisesti voimaan tullutta ns. erityisalojen hankintadirektiiviä 2004/17/EY ei tässä tutkimuksessa erikseen käsitellä, sillä sen yhteydessä eivät tutkimuksen kohteena olevat palvelut esiinny.[58]

Vaikka tavoitteena on selvittää järjestöjen asemaa ensisijaisesti kansallisen oikeuden perusteella, kytkee hankintadirektiivi jo sellaisenaan tutkimuksen Euroopan yhteisön oikeuteen. Tutkimuksen selvitystavoitteet on näin kiinnitetty palvelujen kilpailuttamista koskevien sääntöjen soveltamiseen. Tätä lähtökohtaa

---

[57] Ks. *Kortelainen*, Pajatso ja kansanterveys, Raha-automaattiyhdistys 1938–1988. Kirja on historiankuvaus Raha-automaattiyhdistyksen 50-vuotisen toiminnan synnystä ja kehityksestä. Kirjaa on käytetty tutkimuksessa hyödyksi Raha-automaattiyhdistyksen käytännön toiminnassa tapahtunutta kehitystä selvitettäessä.

[58] Euroopan ja neuvoston direktiivi 2007/17/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta, vesi ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta, EYVL, L 134, 30.4.2004, s. 1.

perustelee myös se, että järjestöjen tulevaisuuden kannalta kilpailuttamisen on koettu olevan ensisijainen ongelma.

Yksityisoikeudellisilla yhteisöillä sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajina ei ole vastuuta sosiaalisten perusoikeuksien toteuttamisesta, kuten edellä tutkimuksellisena lähtökohtana kuvattu lainsäädäntö osoittaisi. Voisiko järjestöillä kuitenkin olla erityinen oikeudellinen asema sosiaali- ja terveyspalvelujen toteuttamisessa ilman, että järjestötoiminnan yritystoiminnasta poikkeava ideologinen perusta joutuisi ristiriitoihin? Millä tavoin järjestöt voivat toimia kuntien yhteistyökumppaneina, vai pitääkö palvelutoiminta yhtiöittää, jotta kilpailuoikeudellisilta ongelmilta vältyttäisiin?[59] Voisiko olla mahdollista, että esimerkiksi sosiaali- ja terveysjärjestöllä olisi erityinen asema, jolloin ne voisivat vapautua kilpailuttamiselta tiettyjä palveluja tuottaessaan?[60] Näiden kysymysten ohjaamana tutkimuksen tavoitteena on selvittää, mikä mahdollisuus järjestöillä on toimia sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajina verkostomaisessa yhteistyössä kuntien kanssa siten kuin ne ovat voineet toimia vuosikymmenet.

Tutkimus pyrkii selvittämään myös sitä, millä tavoin kansallisen hankintalainsäädännön laadinnassa on otettu huomioon muidenkin kuin vain sosiaalisten perusoikeuksien toteutuminen tai millä tavalla se olisi tullut tehdä, jotta kyseiset perusoikeudet toteutuisivat. Eräänlaista ääritilannetta edustaisi ajatus, että hankintadirektiivin ohella koko Euroopan yhteisön oikeus olisi tullut jättää kansallisen hankintalain säätämisessä kokonaan huomioon ottamatta, ainakin sikäli kuin laki koskee sosiaali- ja terveyspalveluja. Tämä perustuu ajatuskulkuun, jossa yhteisön oikeuden ja kilpailuttamisen katsotaan vaarantavan sosiaalisten perusoikeuksien toteutumisen. Voitaisiinko vaatimus kansallisten sosiaalisten perusoikeuksien toteutumisesta asettaa Euroopan yhteisön sisämarkkinavapauksiin nähden etusijalle, mikäli tämä osoittautuisi välttämättömäksi sosiaalisten perusoikeuksien toteutumiseksi? Kysymys on tässä asetettu tietoisesti varsin laajaksi.

Edellä esitettyihin kysymyksiin liittyy myös Eduskunnan hankintalakiesitystä koskevaan vastaukseensa (256/2006 vp) sisällyttämä toinen lausuma. Hyväksyessään hankintalakiesityksen Eduskunta edellytti, että hallitus selvittää tarpeen säännellä erikseen voittoa tavoittelemattomien ja rajoitetun voitonjaon yhteisöistä, jotta erityisesti kansalaisten sosiaali- ja terveyspalvelujen riittävä ja laadukas saanti voidaan turvata.[61]

Tämän tutkimuksen eräänä kiinnekohtana on järjestöjen toimintaansa saama julkinen rahoitus, raha-automaattiavustukset ja niiden merkitys järjestöjen kil-

---

[59] Ks. *Möttönen – Niemelä*, s. 79 ja ss., missä kirjoittajat jäsentävät eri yhteistyön malleja. Järjestöjen toiminnan yhtiöittämistä ovat pohtineet *Hokkanen – Kettunen – Piirainen*.

[60] Kysymys on esitetty Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto ry:n kesällä 2006 ilmestyneessä raportissa. Ks. *Palola – Särkelä*, s. 116.

[61] EV 256/2006 vp – HE 50/2006 vp.

pailuoikeudellisen aseman arvioinnissa. Raha-automaattiyhdistyksen avustustoimintaa koskevaan avustuslakiin (1056/2001) sisältyvä määräys edellyttää tämän aseman tutkimista. Lain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan avustusten myöntämisen ehtona on, ”ettei avustuksen myöntämisellä arvioida olevan muita kuin vähäisiä kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa.” Saman pykälän 2 momentin mukaan huomioon on otettava myös se, ”ettei avustus saa yhdessä muiden julkisten tukien kanssa ylittää Euroopan yhteisön tai Suomen lainsäädännössä säädettyä valtionavustuksen tai julkisen tuen enimmäismäärää”. Mitä edellä todettu lainsäädäntö käytännössä merkitsee, kun määritellään kunnan sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva järjestämisvastuu ja kyseisiä palveluja kilpailutettaessa järjestöjen asema?

Edellä todettuun liittyen tutkimuksen osatavoitteena on selvittää, miten perinteisesti sosiaalipoliittiseen rahoitusjärjestelmään kuuluneet raha-automaattiavustukset on otettava huomioon palvelujen kilpailutuksessa, vai onko niillä jokin erityiskohtelu. Miten avustukset liittyvät kilpailuun ja markkinoiden toimintaan? Myös eduskunnan sosiaalivaliokunta katsoi hankintalakia koskeneessa lausunnossaan, että on edelleen tarpeen selvittää palveluhankintojen kilpailuttamiseen liittyviä kysymyksiä. Tällainen kysymys on esimerkiksi sosiaalialan järjestöille annettavien erilaisten avustusten ja yrityksille myönnettävien elinkeinopoliittisten tukien yhdenvertainen huomioon ottaminen.[62]

Järjestöjen yrityksiin nähden erilaista asemaa on perusteltu toiminnan sosiaalipoliittisella sisällöllä ja voiton tavoittelemattomuudella.[63] Mikäli tämä mahdollisuus olisi olemassa, voitaisiin samalla Raha-automaattiyhdistyksen pelitoiminnan tuotot ehkä ohjata mutkattomasti puheena olevien hyvinvointipalvelujen järjestämiseen.

Hankintadirektiivin 3 artikla näyttäisi viittaavan mahdollisuuteen solmia palvelujen tuottamista koskeva sopimus kunnan ja järjestön välillä ilman kilpailutusta. Direktiivin mukaan ”kun hankintaviranomainen myöntää muulle yksikölle kuin toiselle hankintaviranomaiselle erityis- tai yksinoikeuksia harjoittaa tiettyä julkista palvelutoimintaa, on asiakirjassa, jolla oikeus myönnetään, määrättävä, että kyseisen yksikön on tähän toimintaan kuuluvia hankintasopimuksia kolmansien osapuolten kanssa tehdessään noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltämisen periaatteita.” Yksinoikeus sisältyy myös direktiivin 18 artiklaan siten, että tietyin edellytyksin direktiiviä ei sovelleta lainkaan palveluhankintoihin, jotka perustuvat yksinoikeuteen. Vastaavat säännökset on sisällytetty uuden hankintalain 3 ja 12 §:ksi. Olisiko siis Raha-automaattiyhdistyksen tuo-

---

62 StVL 13/2006 vp.
63 *Palola – Särkelä*, s. 111.

toista tukea saavalle sosiaali- ja terveysjärjestölle mahdollista hankintasääntöjen tai muun lainsäädännön tuella järjestää erityis- tai yksinoikeus?

Kokonaisuudessaan tutkimustehtävä on määriteltävissä siten, että tavoitteena on selvittää sellaisen järjestön oikeudellinen asema sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessa, jolla on mahdollisuus saada avustusta Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista. Tutkimustavoitetta lähestytään julkisia hankintoja koskevien säännöjen kautta.

* * *

Tämä tutkimus saa dynamiikkansa jännitteistä, jotka ilmenevät käytännön toimijoiden erilaisina ja jopa vastakkaisina intresseinä. Toimijoita ovat järjestöt, yritykset ja julkisyhteisöt, joita tässä tutkimuksessa edustavat erityisesti kunnat. Näitä jännitteitä tarkastellaan toimijoiden toimintaa säätelevän lainsäädännön periaatteiden tai tavoitteiden taikka konkreettisten säännösten keskinäisinä ristiriitoina. Tutkimuksessa näyttäisi olevan kysymys jännitteistä, jotka vallitsevat kilpailuoikeuden ja sosiaalioikeuden, kilpailuoikeuden ja yhdistysoikeuden sekä yhdistysoikeuden ja sosiaalioikeuden välillä.

Tutkimus kohdistuu sekä Euroopan yhteisön että kansalliseen oikeuteen. Kolmannen sektorin järjestötoimintaa koskevan lainsäädännön tulkinnassa vaikean hallintaongelman muodostaa se, ettei kolmanteen sektoriin kuuluvia järjestöjä voida asettaa selkeästi millekään oikeudenalalle. Yhteisiä käsitteitä on hankala määritellä.[64] Metodin kannalta tämä muodostaa jännitteitä, sillä kullekin oikeudenalalle ovat tyypillisiä sen oma säätelytapa sekä omat käsitteet ja tulkintatapa. Järjestöjen sijoittumista voidaan alustavasti hahmottaa siten, että mikäli yhdistys toimii vain edunvalvojaroolissa, sen toiminnassa ja hallinnossa tullaan pitkälle toimeen soveltamalla vain yhdistyslakia. Mutta jos järjestö samalla tuottaakin palvelua, joudutaan järjestön piirissä soveltamaan taloudellista toimintaa säätelevää lainsäädäntöä. Mikäli tuotettavat palvelut ovat sosiaali- ja terveyspalveluja, sovellettavaksi tulee ainakin joltain osin vielä sosiaali- ja terveysalaa koskeva lainsäädäntö.

Kysymys on myös julkisen ja yksityisen toiminnan välisestä rajanvedosta, mutta samalla rajaa joudutaan vetämään myös yksityiseen yritystoimintaan nähden. Sosiologisesti painottuneen ajatuksen mukaan yksityinen alue voidaan jakaa markkina-alueeseen ja yhteistoiminta-alueeseen. Täten on jäsennettävissä

---

[64] *Tuori*, 2004a, s. 1201. Tuori pitää vakiintunutta oikeudenalajaotusta osana oikeusjärjestystä. Modernin oikeuden erittelyssä vakiintunut oikeudenalajaotus kuuluu oikeusjärjestyksen oikeuskulttuurisiin aineksiin, jotka vaikuttavat oikeudellisissa käytännöissä oikeudellisten toimijoiden praktisen tietoisuuden kautta. Oikeudenalajaotus, jota voidaan pitää osana oikeusjärjestystä, on osa sitä oikeuskulttuurista esiymmärrystä, jonka varassa niin tuomarit, asianajajat kuin lainoppineetkin lähestyvät oikeudellisia ongelmia ja jonka avulla aloittavat ongelmien määrittelemisen ja paikannukset.

kolme aluetta: *julkinen toiminta*, *markkinat* ja *yhteistoiminta-alue ("kolmas sektori")*. Niiden toimintamekanismit ovat erilaisia: sääntely, kilpailu ja yhteinen toiminta. Edelleen niitä vastaavat niille tyypilliset *oikeusinstituutiot*: julkisessa vallassa valtio ja kunnat, markkinoilla sopimus, omistus ja yhtiöt sekä vihdoin yhteistoiminta-alueella perhe, yhdistys ja työsopimus. Näitä vastaavat lopuksi erilaiset *sääntelytavat*: julkisella alueella regulatiiviset normit, markkinoilla konstitutiiviset normit ja yhteistoiminta-alueella proseduaaliset normit.[65]

Johtopäätös edellä todetusta on pelkistettynä vain se, että järjestöjen oikeudellisessa arvioinnissa on tarkastelu ulotettava niin monelle oikeudenalalle kuin se tutkimustavoitteen kannalta osoittautuu välttämättömäksi ja että tulkintaperiaatteista on pystyttävä löytämään mahdollisuuksien mukaan oikea yhdistelmä.

Tutkimuksellista painopistettä on vaikea määritellä, sillä järjestöjen tuottaessa sosiaali- ja terveyspalveluja tarkasteltaviksi tulevat yhdistysoikeuden, sosiaalioikeuden ja kilpailuoikeuden säännökset. Yhdistysoikeus on sikäli keskeisessä asemassa, että yhdistyslaki määrää yhdistysmuotoisten järjestöjen toiminnan puitteet.[66]

Kilpailuoikeus ymmärretään tässä sen laajassa merkityksessä, jolloin siihen luetaan myös valtion tukia ja julkisia hankintoja sekä erinäiset yritysten alallepääsyä koskevat säännökset, erityisesti markkinoiden avaamiseen tähtäävä alakohtainen sääntely viestintä- ja energiamarkkinoilla. Kahta viimeksi mainittua osakokonaisuutta ei tähän tutkimukseen tarvitse kuitenkaan sisällyttää.[67] Euroopan yhteisön kilpailuoikeus muodostaa osan sisämarkkinaoikeudesta, johon kuuluvat lisäksi neljä vapautta (tavaroiden, palvelujen, työvoiman ja pääoman vapaa liikkuvuus) ja liikkeenperustamisoikeus.[68]

Sosiaalilainsäädännön tarkastelu on tarpeellista siinä laajuudessa, joka antaa käsityksen julkisen vallan tehtävistä sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäjinä. Samalla se antaa mahdollisuuden tarkastella, millä tavoin järjestöjen tehtävät on erotettavissa julkisen vallan yksiköiden tehtävistä.[69] Sosiaalilainsäädäntöä joudutaan tarkastelemaan kokonaisuudessaan myös siksi, että voitaisiin arvioida

---

[65] *Tolonen*, s. 101.

[66] Yhdistysoikeudesta oikeudenalana *Halila,* 1993, s. 45–51.

[67] Kilpailuoikeudesta oikeudenalana *Kuoppamäki,* 2003, s. 21: Kilpailuoikeudella *suppeassa* merkityksessä tarkoitetaan oikeudellisia sääntöjä, joilla pyritään estämään yritysten toimeenpanemat kilpailun rajoittamiset. Kilpailunrajoituksia ovat kilpailevien yritysten väliset keskinäiset sopimukset ja menettelytavat kilpailun rajoittamiseksi (*kartelli*), tuotteen valmistajan ja tuotteen jakelijan seuraavalle myyntiportaalle asettamat rajoitukset (*vertikaaliset kilpailunrajoitukset*) sekä markkinoita hallitsevan yrityksen harjoittama asiakkaiden hyväksikäyttö ja kilpailijoiden toiminnan vaikeuttaminen (*määräävän markkina-aseman väärinkäyttö*).

[68] Ks. *Ojala*, 2005, s. 22.

[69] Sosiaalioikeutta on yleensä pidetty yhtenä hallinto-oikeuden lohkona. Niinpä lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistä säätelevä lainsäädännön toimeenpano kuuluu hallinto-oikeuteen. Sosiaalioikeudesta oikeudenalana *Tuori*, 2004, s. 1.

sen sisällöllistä johdonmukaisuutta suhteessa palvelujen markkinaehtoiseen tuottamiseen.

Kysymyksessä on järjestöjen todellisten ongelmien selvittämistarpeesta syntynyt tutkimus, joten kovin tiukka rajaus tässä vaiheessa ei ole tutkimusintressin kannalta mielekästä. Tutkimuskysymyksillä on looginen yhteys toisiinsa, joten jonkin osakysymyksen poisjättäminen ei ole mahdollista. Tutkimusta on rajattu sikäli, että tarkastelun kohteena ovat vain yhdistyslain mukaisesti järjestäytyneet sosiaali- ja terveysalalla toimivat yhteisöt, sekä lisäksi tietoisesti valitun tutkimuksellisen intressin johdosta vain sellaiset *yhdistykset*, joiden on mahdollista saada arpajaislain (1047/2001) ja raha-automaattiavustuksista annetun lain (1056/2001) perusteella avustusta Raha-automaattiyhdistyksen tuotosta.[70] Siten oikeudelliselta muodoltaan muita yleishyödyllisiä yhteisöjä taikka säätiöitä tutkimuksessa ei tarkastella. Tässä tutkimuksessa näistä käytetään useimmiten nimitystä järjestö tai sosiaali- ja terveysjärjestö, mitkä termit ovat niiden epätarkkuudesta huolimatta vakiintuneet avustuskäytäntöön.

Oikeusvarmuus (muodollinen oikeudenmukaisuus ja yhdenvertaisuus) edellyttää periaatteessa oikeusjärjestyksen systemaattisuutta, jotta lainkäyttö olisi ennakoitavissa. Modernin oikeuden perustavien normatiivisten lähtökohtien toteutuminen edellyttää oikeusjärjestykseltä sellaista systemaattisuutta, jota oikeudenalajaotus ja oikeudenalakohtaiset yleiset opit osaltaan palvelevat.[71] Tällä tutkimuksella pyritään luomaan järjestöjen toimintaa koskevaan päätöksentekoon lainkäytön ennakoitavuutta ja siten oikeusvarmuutta. Tämä on tärkeää, jotta järjestöt voisivat tehdä toimintansa kehittämiseksi tai uudelleen suuntaamiseksi välttämättömät päätökset ilman, että jatkuvana pelkona on tulkintojen muuttuminen. Sama koskee myös järjestöjen hakemuksia Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettävien avustuksien saamiseksi.[72]

Tutkimustavoitetta voidaan pyrkiä kiinteyttämään käyttäen apuna käsitteitä *konsistenssi* ja *koherenssi*. Missä määrin eri oikeudenaloihin kuuluvat normit muodostavat keskenään loogisen ristiriidattoman kokonaisuuden (oikeusjärjestyksen *konsistenssin*), kun kyseessä on järjestöjen toimintaa ja sen rahoittamista sääntelevän oikeuden sisältö? Jotta voitaisiin löytää vastaus tähän kysymykseen, selvitetään aluksi järjestöjen käytännön toiminnan perusteella siihen sovellettaviksi tulevien normien sisältöä ja niiden keskinäisiä suhteita. Jo tämä tehtävä on varmastikin haastava, kun tiedossa on se, että kansallisen oikeusjärjestyksen rinnalla joudutaan väistämättä ottamaan huomioon Euroopan yhteisön oikeus.

---

[70] Arpajaislain (1047/01) 22 §:n 1 momentin mukaan avustuksia Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista voidaan myöntää avustusten myöntämiseen oikeuskelpoisille yhteisöille ja säätiöille.

[71] *Tuori*, 2004a, s. 1203.

[72] Ks. muodollisesta ja materiaalisesta oikeusvarmuudesta *Soikkeli*, s. 35 ja 66.

Koherenssi ei sen sijaan viittaa pelkästään loogiseen ristiriidattomuuteen, vaan pikemminkin oikeusjärjestyksen sisällölliseen johdonmukaisuuteen. Koherenssi pyrkii löytämään tavan, jolla koko oikeussysteemiä pidettäisiin järkevänä. Tämän on todettu kuitenkin olevan enemmänkin ideaali tavoite kuin todellisuutta.[73] Koherenssin arvioinnissa painottuvat oikeusjärjestyksen sisällölliset yhteydet yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin, moraalinormeihin ja eettisiin arvoihin. Tarkastelun kohteena olevan eri oikeudenalojen sisällöllisen johdonmukaisuuden tavoittelemista (*totaalista koherenssia*) ei voida ehkä pitää mahdollisena, sillä lainsäätäjällä on mahdollisuus olla ”oikullinen”. Kansallisen oikeusjärjestelmän ohella on huomioon otettava erillisenä oikeusjärjestyksenä myös yhteisön oikeus.[74] Tavoiteltavana olisi näin korkeintaan oikeudenalakohtainen koherenssi (*lokaalinen* ts. *paikallinen koherenssi*).[75]

Tutkimuksen painopiste voisi olla toisissa olosuhteissa enemmän *de lege ferenda* -tutkimuksessa. Tämän tutkimuksen tavoitteena ei ole kuitenkaan tehdä ehdotuksia lainsäädännön kehittämiseksi. Tätä rajausta puoltaa se, ettei ehdotusten tekeminen sekä säätelytavoitteen että keinojen suhteen ei ole kovinkaan mielekästä tilanteessa, jossa uusi hankintalaki on tullut voimaan vastikään ja kokemuksia lain toimivuudesta ei vielä ole.[76]

---

[73] Ks. konsistenssista ja koherenssista *MacCormick*, s. 266.

[74] *Tuori*, 2000, s. 188. Lisäksi *Tuori* III oikeustieteen tutkija- ja jatkokoulutuspäivillä 6.6.2002.

[75] Ks. *Tuori*, 2004a, s. 1211 ja 1214.

[76] Sinänsä tämä tutkimus on selvästikin ongelmakeskeistä, sillä sen liikkeelle sysäävänä voimana ovat olleet yhteiskunnalliset ongelmat. Linna on nimittänyt lainsäädäntöehdotukseksi lausetta, jossa otetaan kantaa *de lege ferenda* sekä tavoitteen että keinon suhteen, toisin sanoen tavoite- ja keinovalinta justifioidaan. Ks. *Linna*, s. 10.

3 Tutkimusmetodista

3.1 VOIMASSA OLEVAN OIKEUDEN MÄÄRITTELYÄ

Tämän tutkimuksen lähtökohtana ovat ne ongelmat, jotka ovat viimeksi kuluneiden vuosien aikana olleet esillä sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellisen aseman määrittelyssä. Tutkimus liittyy siten kiinteästi ajankohtaiseen yhteiskunnalliseen tilanteeseen. Tutkimusmetodiin on siten omaksuttu vaikutteita, jotka ovat tyypillisiä ongelmakeskeiselle lainopille. Ongelmakeskeisessä lähestymistavassa on ensiksi määriteltävä pätevällä tavalla annettujen oikeusnormien muodostama kokonaisuus. Ainakin tämän kokonaisuuden sisällä syntyviä kysymyksiä voidaan nimittää oikeudellisiksi. Oikeudellinen ongelma voi tässä relaatiossa olla esimerkiksi tulkintalainopillinen tai systemaattinen. Useimmilla näistä kysymyksistä on myös välitön yhteys siihen todellisuuteen, jota normatiivisella järjestyksellä on haluttu ohjailla. Tässä katsannossa oikeudellinen ongelma on lähes poikkeuksetta samalla myös yhteiskunnallinen.[77]

Tutkimuksessa pyritään ongelmien ratkaisuperiaatteiden esittämiseen ilman tieteenteorian kehittämisen tavoitetta.[78] Tarkastelu ei voi oikeustieteellisessä tutkimuksessakaan olla kokonaan irrallaan teoreettisesta tausta-aineksesta, sillä sitoudumme aina johonkin teoriaan, tiedostimmepa asian tai emme.[79] Oikeustieteen tulkintateorialla on kolme ulottuvuutta, *ontologinen*, *epistemologinen* ja *metodologinen*. Jokainen niistä on merkityksellinen perustellun teorian kannalta ja ne ovat kiinteässä yhteydessä toisiinsa. *Aarnion* lainopin matriisi, johon monet häntä nuoremmat suomalaiset oikeustieteen tutkijat ovat perustaneet metodivalintansa, kokoaa aluksi tulkintateorian myös tämän tutkimuksen käyttöön.

Oikeuslähdeoppi ja lainopilliset tulkintaperiaatteet muodostavat lainopin *erityistieteellisen* perustan. Ne antavat informaatiota siitä, mitä perusteita saadaan käyttää ja millä tavoin jotakin perustetta pitää, tai ei saa käyttää.[80] *Normatiiviseen oikeuslähdeoppiin* kuuluvat säännöt ja periaatteet kertovat, minkälaisista lähteistä tulee tai saadaan hakea informaatiota oikeusnormeista, jotka voivat olla

---

77 Vrt. *Kangas*, s. 383–387.
78 Käytännönläheisestä lainopista *Siltala*, 2003, s. 527.
79 *Aarnio*, 1989, s. 302 ss.
80 Ks. *Aarnio*, 1982, s. 170. Kyse on *normatiivisesta oikeuslähdeopista*, joka antaa normatiivisia ohjeita oikeuslähteistä ja niiden keskinäisistä suhteista. *Deskriptiivinen oikeuslähdeoppi* kuvaa oikeuslähteiden tosiasiallista käyttöä. Ks. *Tuori*, 2004, s. 111.

luonteeltaan joko sääntöjä tai periaatteita.[81] Oikeuslähteet antavat informaatiota voimassa olevan oikeusjärjestyksen sisällöstä. Oikeuslähteiden ongelma liittyy kaikkein läheisimmin oikeudelliseen ratkaisuun. Oikeuslähteiden ja ratkaisun suhdetta voidaan jäsentää siten, että oikeuslähteet muodostavat jokaisen ratkaisun yhden osan. Tämä voidaan ilmaista myös kääntäen: ratkaisu, joka ei nojaudu oikeuslähteisiin, ei ole *oikeudellinen* ratkaisu.[82]

Tutkimuksen tarpeeseen valitun metodin avulla hankitaan tietoa ja perustellaan hankitun tiedon merkitys. Metodi on väline, työkalu, jonka avulla päästään käsiksi johonkin sen itsensä kannalta ulkopuoliseen, tuottamaan tietoa.[83] Oikeudesta puhuttaessa sitä voidaan kuvata oikeusjärjestyksenä, jolloin se on tiettyyn yhteiskunnalliseen vallankäyttöön perustuva normien joukko.[84]

Aarnion analyysi voimassa olevasta oikeudesta sisältää toisistaan eroteltuina normien *pätevyyden* eli systeemivoimassaolon, *tehokkuuden* eli tosiasiallisen voimassaolon ja *hyväksyttävyyden* eli arvoperusteisen voimassaolon.[85] Normin *pätevyyden* kriteerit *Aarnio* listaa siten, että normi on asianmukaisesti hyväksytty ja promulgoitu, normia ei ole kumottu, se ei ole ristiriidassa minkään samassa systeemissä pätevän normin kanssa, tai jos ristiriita vallitsee, on olemassa hyväksytty sääntö ristiriidan ratkaisemiseksi. Pätevyys on täten muodollista laatua ja merkitsee ytimeltään normin asianmukaista asettamismenettelyä. *Tehokkuus* tarkoittaa lähinnä sitä, että oikeusnormia noudatetaan tuomioistuimissa ja muussa viranomaistoiminnassa. *Hyväksyttävyys* tarkoittaa puolestaan sitä, että oikeusnormi vastaa yleisesti hyväksyttävää arvojärjestelmää, jolloin sitä noudatetaan.[86]

Perinteisen oikeuspositivismin lähtökohta on oikeuden pätevyys eli systeemivoimassaolo. Oikeusnormi on pätevä, jos normi on asetettu oikeusjärjestyksessä itsessään määritellyllä tavalla. Perinteisen oikeuspositivismin selväpiirteisimpiä kannattajia ovat *Hans Kelsen* ja *H.L.A. Hart*. Traditionaalinen eli perinteinen oikeuspositivismi vetää jyrkän rajan oikeudellisten normien ja muiden normatiivisten järjestysten, ennen kaikkea moraalin, välille.[87] *Kelsen* perustelee normin muodollisen voimassaolon normihierarkialla, jonka ylimpänä huippuna on perusnormi.[88] Pätevät primäärinormit ovat *Hartin* mukaan alun perin yhteisön sosiaalisia normeja, joista osa, viimekädessä tunnistamissäännön soveltamisen vä-

---

[81] Ks. *Tuori*, 2004, s. 149. Ks. myös. *Pöyhönen* 1988, oikeusperiaatteista ratkaisutoiminnassa, s. 65–69.
[82] Ks. *Tolonen*, s. 2–3.
[83] *Häyhä*, s. 24.
[84] *Aarnio*, 1982, s. 138.
[85] *Aarnio*, 1982, s. 42–60.
[86] *Aarnio*, 1982, s. 50–54.
[87] *Tuori*, 2000, s. 7.
[88] Ks. *Kelsen*, s. 207–209.

lityksellä, on muodostunut oikeusnormeiksi.[89] Primäärinormin muodollisen pätevyyden edellytyksenä ei *Hartin* teoriassa ole sen soveltaminen, sillä voimassaolo voidaan palauttaa aina normin tunnistamissääntöön.[90] *Hartin* teoriassa yhteiskunnan sosiaalisiin normeihin perustuvat primäärinormit eivät ole pysyviä, vaan ne ovat milloin tahansa muutettavissa tai kumottavissa.[91] Oikeusjärjestyksen laajassa oikeusyhteisössä nauttimalla legitiimisyydellä ei ole juurikaan merkitystä oikeuden toiminnalle.[92]

Oikeusrealististen teorioiden mukaan päteviä oikeusnormeja ovat oikeusnormit, joita sovelletaan. *Ross* skandinaavisen oikeusrealismin edustajana lähtee siitä, että jos oikeutta koskeva tieto ylipäätään pyrkii oleman tieteellistä, sen on oltava kokemusperäistä, jolloin tieteellinen väite on aina voitava palauttaa havaintolauseeksi. *Ross*in mukaan oikeusäännökset eivät sellaisenaan ole vielä osa oikeutta, vaan säädetty normi on käyttäytymisohje viranomaiselle. Tyypillistä skandinaavisessa realismissa on vedota ns. reaalisiin argumentteihin (*reella övervägande*n). Ne merkitsevät sitä, että jonkin oikeusinstituutin tulee vastata sen käytännöllisiä päämääriä. Oikeusnormien soveltaminen riippuu viime kädessä tuomarin normikäsityksestä tai tuomari-ideologiasta. Tuomari perustelee oikeudellista ratkaisua oikeusnormeilla, jos hän kokee ne tosiasiallisesti itseään sitoviksi. Tuomari-ideologiaan ja tuomarin normikäsityksen syntymiseen vaikuttavat kaikki oikeudellisen elämän ilmiöt. Oikeudellisen elämän ilmiöitä ovat esimerkiksi lainsäädäntötoimet, tuomioistuinten ratkaisutoiminta, hallintotoimet, yksilöiden tekemät oikeustoimet ja oikeustiede.[93] *Rossin* teorian perusteella on vaikea antaa lain soveltajalle vastausta siihen, milloin jokin normi on häntä sitova. Oikeusturvaodotuksen kannalta lainsoveltajan on selvitettävä itselleen oikeusjärjestyksen sisältö. Oikeusrealistinen teoria ei vastaakaan tämän päivän yleisesti hyväksyttyä doktriinia voimassa olevasta oikeudesta.[94]

Käytännön ratkaisutoiminnan kannalta merkittävä periaatteellinen ongelma on myös kysymys siitä, koskeeko voimassa oleva normi nimenomaan tuomioistuinten ratkaisuja. Onko voimassa oleva oikeus sitä, mitä ylimmät oikeusasteet tekevät? Vastaus on pohjoismaisen oikeusjärjestelmän kannalta kielteinen, sillä ylimmän tuomioistuimen ratkaisulla ei ole sitovaa merkitystä kuten *Common*

---

89 *Hart*, s. 92.

90 Tuori toteaa kriittisesti, että Hartin tunnistamissääntö osoittautuukin erikoislaatuiseksi yhteiskunnallisen tosiasian ja normatiivisen säännön yhdistelmäksi. Olennaista on todeta, että tunnistamissäännön tasolla Hart joutuu ylittämään olemisen ja pitämisen välisen raja-aidan, luopumaan yhdestä oikeuspositivismin perustavasta erottelusta. *Tuori*, 2000, s. 28.

91 *Hart*, s. 93.

92 Ks. *Tuori*, 2000, s. 274.

93 *Makkonen*, 1998, s 44. Makkosen kritiikin kohteena ollut Rossin teoria, *Ross*, 1966, ks. erityisesti s. 47–50.

94 Ks. myös Aarnion kritiikki Rossin teoriasta, *Aarnio*, 1987, s. 170–174.

law -maissa; myös viimeksi mainituissa ns. ennakkotapausjärjestelmää voidaan tulkita useamammalla tavalla. Samaa voidaan sanoa myös jäljempänä esillä olevasta yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännöstä.[95]

3.2 OIKEUSLÄHDETEORIASTA JA OIKEUSNORMIEN TULKINNASTA

Aarnio on jakanut oikeuslähteet kolmeen kategoriaan niiden velvoittavuuden perusteella: 1) vahvasti velvoittavat, 2) heikosti velvoittavat ja 3) sallitut oikeuslähteet.[96] Luokitus sisältää kannanoton oikeuslähteiden etusijajärjestykseen. Velvoittavilla oikeuslähteillä on etusija siten, että ne sivuuttavat heikosti velvoittavat ja sallitut lähteet. Sen sijaan sallituista oikeuslähteistä ammennetut painavat argumentit saattavat joskus syrjäyttää perusteet, jotka nojautuvat heikosti velvoittaviin oikeuslähteisiin.[97] *Aarnion* oikeuslähdeoppi on kirjoitettu ennen Suomen liittymistä Euroopan ihmisoikeussopimukseen vuonna 1990 sekä ennen Suomen jäsenyyttä Euroopan unionissa.

Lakitekstillä on etusija kaikkiin muihin oikeuslähteisiin verrattuna.[98] Perustuslain 2 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia, mikä korostaa lainsäädännön asemaa vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä. Oikeudenkäymiskaaren (4/1734) 24 luvun 4 §:n mukaan tuomioistuimen on perusteltava ratkaisunsa lakiin perustuen.[99] Tämän *laillisuusperiaatteen* valtiosääntöisenä taustana on erityisesti perustuslain 2 §:n 1 momentissa kirjattu kansanvaltaisuusperiaate.[100] Tuomioistuimen on perusteluissaan ilmoitettava, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu. Perusteluissa on myös selostettava, millä perusteella riitainen seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä toteen. Jos lakitekstiä ei ole, on ratkaisu tehtävä oikeudenkäymiskaaren 1 luvun 11 §:n mukaan maantapaan viittaamalla. Maantapaa on pidetty jäänteenä esimodernilta ajalta.[101] Hallintolain (434/2003) 45 §:ssä vahvistetaan hallintoa koskevan pää-

---

95 *Tolonen*, 1996, s. 99.
96 Tekstissä tehty tiivistys perustuu kirjaan *Aarnio*, 1989, s. 217–251.
97 *Tuori*, 2004, s. 116.
98 *Aarnio*, 1982, s. 220 ss.
99 Makkonen puhuu säädännäisestä oikeudesta, *Makkonen*, 1998, s. 1.
100 *Mäenpää*, 2003b, s. 79.
101 *Tolonen*, s. 24.
Ks. myös *Tuori*, 2000, s. 175. Tuori pitää säännöstä eräänlaisena jäänteenä esimodernilta ajalta, vuoden 1743 laista, ja hän näkee sen ilmentävän oikeuskehityksen sitä vaihetta, jossa oikeuden positivoituminen otti vasta ensiaskeliaan. Se mitä kutsutaan tapaoikeudeksi, vaikuttaa sellaisten kirjallisten oikeuslähteiden kuin oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden välityksellä.

töksen perusteluvelvollisuutta koskeva yleinen periaate. Nykyisin myös Euroopan yhteisön oikeutta sovellettaessa perusteluvelvollisuus on otettava huomioon yhteisön yleisenä oikeudellisena periaatteena.[102]

Toisin kuin oikeustieteilijällä tuomarilla on ratkaisupakko. Kun huomion kohteena on nimenomaan tulkintakannanoton perustelu (*justifiointi*), ovat sekä tutkija että tuomari episteemisesti sidottuja tiettyyn aineistoon ja tiettyihin toimintaperiaatteisiin. Siten ei ole tarpeen tehdä eroa tutkijan tai institutionaalisen lainsoveltajan (tuomarin) välillä. Se seikka, ettei tutkija ratkaise konkreettisia ongelmia, lainsoveltaja ei systematisoi tai se, että lainsoveltajan näkökulma on – toisin kuin tutkijan – järjestelmän sisäinen, ei episteemisesti ole relevantti.[103] Tutkijan on kyettävä uskottavasti perustelemaan – justifioimaan tai syväjustifioimaan – esittämänsä tulkinnat.[104]

Oikeudelliseen järjestelmään on keskeisesti juurtunut ajatus, että lainsäätäjä tekee yhteiskuntapoliittisesti tärkeimmät tavoiteasetannat, joihin tuomioistuin on sidottu.[105] Lainsäätäjän päätöksenteossa korostuvat koko yhteiskuntaa, sosiaalipoliittisia järjestelmiä ja täytäntöönpano-organisaatioita koskevat tavoitteet ja periaatteet.[106] Lainkäyttäjän ja perinteisessä lainopillisessa tutkimuksessa myös oikeustieteen harjoittajan rooli nähdään lainsäätäjän tahtoa toteuttavana, jolloin tulkitsijan tehtävänä ei ole oikeuden luominen. Tulkintaratkaisujen vaikutuksia pidetään lähinnä reaaliargumenttien asemassa.[107] Perinteiseen tulkintametodiin ei kuulu oikeusnormien soveltamisen ajattelu- ja argumentaatiotapa-, jossa toiminnan nähdään ensisijaisesti tähtäävän ulkopuolisen yhteiskunnan tilaa koskevien tavoitteiden toteuttamiseen.[108]

Lainsäädännön valmistelu sinänsä on sekoitus poliittisluontoista harkintaa, yhteiskunnallisten arvojen punnintaa, tutkimustiedon hallintaa, ihmisten arkielämän tuntemusta sekä kurinalaista kirjoitustyötä.[109] Oikeus on poliittisten vallan-

---

[102] Ks. *Karhu*, s. 790.
[103] Ks. *Aarnio*, 1982, s. 26 ss.
[104] *Tuori*, 2000, s. 263: Tuori on käyttänyt termiä ”syväjustifiointi” *Peczenikiä* lainaten (*Peczenik* 1983, s. 29), kun hän on jonkin oikeudenalan periaatteen ja vastaperiaatteen ristiriitatilanteessa perustellut ratkaisun etsimistä oikeuden syvärakenteesta.
[105] Ks. *Tolonen*, 1989, s. 352.
[106] *Tuori*, 2004, s. 158.
[107] Ks. *Aarnio*, 1982, s. 97 ja *Timonen*, 1997, s. 108 ss. Ks. kuitenkin *Ervasti*, 2002, s. 51–53. Lainkäytön funktiota on vaikea erottaa selkeästi oikeusjärjestyksen, oikeusjärjestelmän tai oikeuden funktiosta. Puhuttaessa lainkäytön funktioista kyse on aina laajemminkin oikeuden funktioista. Ervasti on tarkastellut lainkäytön funktioita viidellä eri tasolla: koko yhteiskunnan, politiikan, oikeuden, tuomioistuinten ja kansalaisyhteiskunnan tasolla. Tässä tarkastelussa lainkäytön funktiot liittyvät mm. yhteiskunnallisiin ja tieteellisiin diskursseihin sekä yhteiskunnalliseen vallankäyttöön.
[108] *Tuori*, 2004, s. 150–154. Valtiovallan kolmijakoperiaatteesta esim. *Aarnio*, 2002, s. 1 ss. ja Oikeusvaltio- ja demokratiaperiaatteesta *Jyränki*, 2002, s. 13 ss.
[109] *Nikula*, 1999, s. 879.

haltijoiden käytettävissä oleva teknisluontoinen instrumentti. Demokraattisessa yhteiskunnassa lainsäätämisprosessin viime vaiheissa poliittisesti kokoonpantu hallitus päättää esityksen antamisesta vaaleilla valitulle parlamentille. Poliittinen argumentaatio keskittyy poliittisten tavoitteiden ja niitä palvelevien keinojen määrittelyyn. Tässä argumentaatio noudattaa tavoiterationaalista mallia.[110]

Ratkaisuvaihtoehtoja valittaessa tulkintametodin lähtökohtana on lainsäätäjän tahdon toteutuminen, jolloin tulkinnassa ei ole mahdollista käyttää tavoiterationaalista argumentaatiota. Sellaiseksi kutsutaan oikeudellista argumentaatiota, jossa ratkaisun ennakoitavia tosiasiallisia seuraamuksia verrataan oikeudellisesti merkityksellisiin tavoitteisiin.[111] Suomalaisessa oikeuselämässä on totuttu ajattelemaan, että ratkaisevaa tulkinnalle on sittenkin *kokonaistarkoitus*, joka kunakin ajanhetkenä lain sanonnoille voidaan antaa. Tätä kokonaistarkoitusta lainkäyttäjän on etsittävä asettamalla yksittäinen lakipykälä muiden sitä sivuavien säännösten, viime kädessä koko lainsäädännön yhteyteen.[112] Vaikka lain *ration* selvittäminen viime kädessä tapahtuu kokonaisarvostuksen varassa eri näkökohtia keskenään punniten, argumentointia huomattavasti helpottamaan on lakiin eräissä tapauksissa sisällytetty lain *ratiota* kuvaileva tarkoituslausuma. Tämä tarkoituslausuma helpottaa lain muiden säännösten argumentointia.[113]

Juridisessa argumentaatiossa oikeudellisten tulkintavaihtoehtojen oikeuslähteistä saama tuki voi olla erivahvuista. Tämä riippuu *Klamin* mukaan kolmesta kriteeristä: oikeuslähteiden yhdensuuntaisuudesta (esimerkiksi onko lakiteksti samansisältöinen lain esitöissä ilmenevien selitysten kanssa), tulkintavaihtoehtoja tukevien tai sitä vastaan puhuvien oikeuslähteiden asemasta oikeuslähteiden hierarkiassa ja oikeuslähteiden selkeydestä tai sattuvuudesta. Koska oikeuslähteet ovat kirjallista informaatiota, niitä voidaan verrata vaihtoehtoisten normihypoteesien niin ikään kielellisiin formulaatioihin.[114]

Suomen liittyminen Euroopan unioniin tapahtui vuoden 1995 alusta lailla Suomen liittymisestä Euroopan unioniin tehdyn sopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä (1540/94). Liittymislain 1 §:n mukaan liittymistä koskeva sopimus samoin kuin lain 2 §:ssä luetellut sopimukset, joihin unioni perustuu, ”ovat voimassa *niin kuin niistä on sovittu*”. Muodollisesti tämä normi sisällyttää myös yhteisön oikeuden oikeuslähteiden ja oikeusjärjestyksen erityispiirteet Suomen oikeuteen. Samalla tämä EU-sopimuksen hyväksymistä koskeva laki velvoittaa hallintoviranomaiset ja tuomioistuimet ottamaan kaikessa EU-oikeudellisesti re-

---

110 *Tuori*, 2000, s. 150–154. Ks. myös s. 295.
111 Ks. *Wilhelmsson*, 1987, s. 36 ss.
112 *Aarnio*, 1986 s. 35.
113 Ks. *Konstari*, s. 99.
114 Ks. *Klami*, 1997a, s. 160.

levantissa toiminnassaan huomioon yhteisön oikeuden erityispiirteet.[115] Näin Suomi sitoutui noudattamaan Euroopan yhteisön oikeutta.[116]

Suomen liittyminen Euroopan yhteisöön on vaikuttanut normatiiviseen oikeuslähdeoppiin siten, että yhteisön oikeuteen kuuluvat säännöt ja periaatteet on nyt otettava huomioon. Ongelmana on kuitenkin perinteisten yleisten oppien soveltuvuus yhteisön ja kansallisen oikeuden samanaikaisessa soveltamisessa. Oikeusjärjestyksen saa yleisten oppien avulla systemaattisuutensa, joka puolestaan on edellytys lainkäytön ennustettavuudelle ja oikeusyhteisön jäsenten (muodolliselle) oikeusturvalle. EY:n ”vieteriukko” tulisi voida vangita.[117] Velvollisuus soveltaa EY-normeja on lisännyt oikeudellista *Wilhelmssonin* mukaan epävarmuutta kansallisissa oikeusjärjestelmissä. Oikeudellisin välinein ei voida ennustaa, milloin ja miten EY-oikeus vaikuttaa kansallisissa tuomioistuimissa käsiteltävien juttujen ratkaisuihin.[118]

Koko Euroopan yhteisön institutionaalisen historian aikana yhteisön toimintaa on voimakkaasti sävyttänyt oikeusvaltion mallista johdettu *lainalaisuuden* (*rule of law*) periaate. Tällä tarkoitetaan sitä, että yhteisön toimielinten tulee kunnioittaa yhteisön perustamissopimuksia ja toimia vain niille annettujen toimivaltuuksien rajoissa. Saman periaatteen voidaan luonnollisesti katsoa soveltuvan myös jäsenvaltioihin, joiden laiminlyöntejä ja jäsenvelvoitteiden rikkomisia tässä suhteessa valvoo komissio perustamissopimuksen 226 artiklan nojalla.[119] Yhteisöjen tuomioistuin on perustamissopimuksen 220 artiklan nojalla asetettu lainalaisuuden periaatteen valvojaksi. Yhteisön oikeuden sisältämän lainalaisuusperiaatteen mukaan yksityiselle oikeussubjektille velvoitteita asettavan tai etuja suovan toimivallan perustan on oltava säädännäisessä oikeudessa.[120]

Oikeuslähteiden luokittelu niiden velvoittavuuden perusteella on lainopin metodiohjeena ehdotettu hylättäväksi. *Aarnion* (ja *Peczenickin*) oikeuslähdeoppia on kritisoitu *staattisuudesta*, kun sen rakentuu liikaa *sääntökeskeisen* normijärjestyksen varaan.[121] Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoi-

---

[115] *Mäenpää*, 2001, s. 75.

[116] *Euroopan yhteisön oikeus* tarkoittaa Euroopan unionin ensimmäisen pilarin oikeusjärjestelmää. Tämä koostuu primaaritasolla kolmesta Euroopan yhteisön perustamissopimuksesta (EHTY:n ja Euroatomin perustamissopimukset vuodelta 1951 ja vastaavasti 1957 sekä EY:n perustamissopimus vuodelta 1957) sekä unionisopimuksesta (Maastrichtin sopimus vuodelta 1991) siten kuin se on muutettu vuonna 1997 Amsterdamin ja vuonna 2000 Nizzan sopimuksilla. Euroopan talousyhteisön perustamissopimuksen nimi muutettiin Euroopan yhteisön perustamissopimukseksi (EY:n perustamissopimus) unionisopimuksella. Ks. laajemmin *Joutsamo ym.*, s. 12 ja 19–20.

[117] Ks. *Tuori*, 2000, s. 187. Ks. oikeustieteestä sekä yleisistä opeista ja niiden systematisointitehtävästä *Tuori*, 2000, s. 226 ss. ja s. 302.

[118] Ks. *Wilhelmsson*, 1997, s. 357–374.

[119] Ks. *Joutsamo ym.*, s. 28 ss. Lainalaisuusperiaatteesta *Mäenpää*, 2001, s. 208 ss.

[120] *Mäenpää*, 2001, s. 209 ja *Soikkeli*, s. 174–183.

[121] *Timonen*, 1997, s. 122.

keustuomioistuimen oikeuskäytännöstä ilmenevät yleiset oikeusohjeet eivät ole sijoitettavissa suoraan perinteiseen oikeuslähdehierarkiaan.

Yhteisön oikeuden *välittömällä sovellettavuudella ja välittömällä oikeusvaikutuksella* tarkoitetaan, ettei yhteisön oikeus edellytä muuntamista kansalliseksi oikeudeksi saadakseen jäsenvaltion sisäisiä oikeusvaikutuksia (välitön sovellettavuus) ja että yksityiset luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt voivat vedota eräin edellytyksin yhteisön oikeuden normeihin suoraan kansallisissa hallintoviranomaisissa ja tuomioistuimissa (välittömät oikeusvaikutukset).[122] Yhteisön oikeuden normihierarkkista etusijaa painottavat voimakkaasti yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisuissa *Van Gend Loos* C-26/62, *Costa v. ENEL* C-6/64, *Francovich* C-6 ja 9/90 sekä *Simmenthal* C-106/77 ratkaisunormeiksi muodostuneet periaatteet yhteisön oikeuden etusijasta kansalliseen oikeuteen nähden.[123] Ennakkoratkaisujen mukaan jäsenvaltiot ovat rajoittaneet suvereeneja oikeuksiaan ja luoneet säännöstön, jota sovelletaan niiden kansalaisiin sekä jäsenvaltioihin itseensä.[124]

Välitön sovellettavuus koskee erityisesti yhteisön *asetuksia*, joita voidaan luonnehtia ylikansalliseksi lainsäädännöksi.[125] Ne ovat soveltamisalaltaan yleistä normistoa, joka on perustamissopimuksen 249 artiklan nojalla jäsenvaltioissa välittömästi sovellettavaa oikeutta.[126]

Myös *direktiivillä* saattaa olla *välittömiä oikeusvaikutuksia*, jolloin direktiivi sellaisenaan, ilman kansallista implementointia saa aikaan oikeuksia ja velvollisuuksia kansallisessa oikeusjärjestyksessä.[127] Yleisesti ottaen säännökselle on annettu välitön oikeusvaikutus, jos yksilön oikeuksien vähimmäissisältö on voitu määritellä pelkästään direktiivin normiaineksen perusteella.[128] Käytännössä tämä tarkoittaa, että direktiivin sisältämään oikeussääntöön voidaan suoraan vedota viranomaisen ja yksityisen välisessä suhteessa eli valtion ja yksilön välisessä vertikaalisessa (hierarkkisessa) oikeussuhteessa.[129] Yksityiset oikeussubjektit voivat vedota jäsenvaltiota vastaan aina direktiivin ehdottomiin ja riittävän täsmällisiin säännöksiin, jos jäsenvaltio ei ole saattanut direktiiviä osaksi kansallis-

---

[122] *Joutsamo ym.*, s. 26. Ks. myös *Hautamäki*, s. 118.
[123] *Siltala*, 2003, s. 286. Erityisesti asia C-6/64, *Costa v. ENEL* (ratkaisu on numeroimaton) ja asia C-26/62, *Van Gend en Loos v. Alankomaat* (päästöstä ei ole sisäisesti numeroitu). Ks. myös. *Ojanen*, 1993, s. 113.
[124] Ks. myös *Ojanen*, 1998, s. 87 ss.
[125] Esimerkiksi asia C-9/70, *Grad v. Finanzamt Traunstein*, k. 5.
[126] Asia C-50/76, *Amsterdam Bulb,* k. 9.
[127] Unionin oikeuden suoraa vaikutusta ja tulkintavaikutusta jäsenvaltion tuomioistuimen toiminnassa *Ojanen*, 1999 ja Ks. *Ojanen*, 1999a, s. 1072. Direktiivin horisontaalivaikutuksesta *Ojanen*, 1999, s. 250 ja 254.
[128] Yhdistetyt asiat C-6 ja 9/90 *Francovich ym*., k. 20 ja C-91/92*, Faccini Dori*, k. 11, 14 ja 18.
[129] *Maunu, s*. 170.

ta oikeusjärjestystä määräajassa, tai jos se on pannut direktiivin virheellisesti täytäntöön.[130]

Päätösten oikeusvaikutukset eivät eroa asetusten ja direktiivien oikeusvaikutuksista niin paljon kuin perustamissopimuksen 249 artiklan sanamuodosta voisi päätellä. Toisin kuin asetus, päätös ei ole luonteeltaan yleinen vaan yksilöllinen toimenpide, joka on osoitettu erityisesti osoitetulle saajalle tai saajille.[131] Päätöksiin sovelletaan yhteisön oikeuden ensisijaisuuden periaatetta: kansallisten tuomioistuinten on jätettävä soveltamatta kansallista oikeutta, joka estäisi yhteisön toimielinten antaman päätöksen toimeenpanon. Jäsenvaltioille osoitetuilla päätöksillä voi olla välitön oikeusvaikutus, jos maan hallitus tai lainsäätäjä laiminlyö ryhtyä päätöksen edellyttämiin toimenpiteisiin. Jäsenvaltioille osoitettujen päätösten oikeusvaikutukset rinnastuvat pitkälti direktiiveihin. Yksityiset henkilöt voivat vedota ehdottomaan ja riittävän täsmälliseen päätökseen, jonka asianmukaisen täytäntöönpanon jäsenvaltio on laiminlyönyt mahdollisen täytäntöönpanoajan kuluessa.[132]

Yhteisön toimielimet voivat antaa perustamissopimuksen 249 artiklan perusteella myös ns. *soft-law*-tyyppistä ohjausta. Tällaisella ohjauksella, jota kutsutaan käyttäytymissäännöiksi, ei ole periaatteessa edellä mainitun artiklan mukaan oikeudellista sitovuutta. Ohjaus ilmenee moninaisissa muodoissa, kuten suosituksina ja mielipiteinä sekä tiedonantoina, johtopäätöksinä, julistuksina, toimintaohjelmina ja kommunikeoina. Näiden ”pehmeiden” oikeuslähteiden joukko on kirjava ja täsmentymätön.[133] Myös tällä toimielinten antamalla ohjauksella voi olla tulkintavaikutus.

Yhteisön oikeuden ensisijaisuudesta huolimatta toimivaltaperiaatteisiin kuuluva *toissijaisuusperiaate* pyrkii vetämään lähtökohtaista rajaa yhteisön ja kansallisen toimivallan välille. Toissijaisuusperiaatteen lähtökohtana on, että päätöksenteko pitäisi järjestää alimmalle mahdolliselle tasolle, ellei ole hyvin perusteltavia syitä keskittää sitä ylemmälle tasolle. Toiminta tulisi vasta toissijaisesti järjestää keskitetysti – tästä johtuu myös toissijaisuusperiaate, joka tarkoittaa samaa asiaa kuin *subsidiariteetti*.[134] Euroopan yhteisön perustamissopimukset

---

[130] *Prechal*, s. 31–35 ja *Lackhoff – Nyssens*, s. 398. Esimerkiksi asia C-76/97, *Tögel v. Niederösterreichische Gebietkrankenkasse*, k. 42 ja asia C-274/83, *komissio v. Italia*.

[131] *Craig – de Búrca*, s. 178.

[132] *Joutsamo ym.*, s. 80.

[133] *Shaw*, s. 247 ss. Ks. myös *Joutsamo ym.*, s. 97–102.

[134] *Mäenpää*, 2001, s. 241–249 ja *Joutsamo ym.*, s. 43, 49–54. Voidaan huomauttaa, että käännöstä toissijaisuusperiaate on pidettävä harhaanjohtavana eurooppaoikeuden ensisijaisuus -opin kannalta. Ks. *Raitio*, 2006, s. 187. Komission nykyisin perusteltava valmistelemansa lainsäädäntöehdotukset myös subsidiariteettiargumenttien kannalta. Tämä perustuu Amsterdamin sopimukseen liittyvän pöytäkirjan sisältämään velvoitteeseen läheisyysperiaatteen ja suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta. EYVL, 1997, C 340/105.

eivät sisällä kuitenkaan yksiselitteistä luetteloa siitä, missä asioissa yhteisön toimivalta on yksinomaista ja missä jaettua.[135]

Toissijaisuusperiaatteelle ei ole tarkoitettu antaa välittömiä oikeusvaikutuksia. Se ei siten määrittele yksilöille oikeuksia, jotka vuorostaan voitaisiin toteuttaa kansallisissa tuomioistuimissa.[136] Toissijaisuusperiaatteen soveltamista vaikeuttaa se, että käsite on vähintäänkin epäselvä käytännön soveltamistilanteessa, jolloin sitä voidaan painottaa kulloinkin kyseessä olevasta intressistä ja intressiryhmästä riippuvalla tavalla.[137]

Perustamissopimuksen 5 artiklan 1 kohdan mukaan ”yhteisö toimii sille tässä sopimuksessa annetun toimivallan ja asetettujen tavoitteiden rajoissa.” Kuitenkin ”*implied powers*” -doktriini antaa lopulta yhteisölle mahdollisuuden päätöksentekoon myös sellaisessa tapauksessa, jossa sillä ei ole perustamissopimuksessa annettua toimivaltuutta, mutta jossa yhteisön päätösten katsotaan edistävän yhteisön tavoitteita. Tämä neuvostolle kuuluva toimivalta perustuu 308 artiklaan.[138] Sekavuutta aiheuttaa myös *pre-emption*-doktriini, jonka mukaan jäsenvaltiolla on toimivalta toimia niin kauan kuin yhteisö ei ole käyttänyt toimivaltuuksiaan EU:n yksinomaisten toimivaltuuksien aloilla. Doktriinin ajatuksena on se, että EU:n toimivallan käyttäminen jollakin alalla poistaisi aina täysimääräisesti kansallisen toimivallan kyseisellä alalla. Käytännössä viimeksi mainitun doktriinin on katsottu johtavan liian kaavamaiseen soveltamiseen. Lainsäädännölliset poikkeusmahdollisuudet ovat komission luvalla mahdollisia kansallisen lainsäädännön säilyttämiseksi perustamissopimuksen 30 artiklassa tarkoitetuista taikka työympäristön tai ympäristön suojelua koskevista syistä.[139]

3.3 TUTKIMUKSEN JÄSENNYS JA ETENEMISTAPA

Käsillä olevan tutkimuksen viitekehyksessä esiintyvät sosiaali- ja terveyspalvelujen toimintakentässä olevat toimijat. Näitä ovat kunnat, joiden järjestämisvastuulla sosiaali- ja terveyspalvelut ovat, sosiaali- ja terveysalan yhdistysmuotoiset järjestöt, sekä yksityiset yritykset. Järjestöjen toimijarooli on keskeinen. Siksi jo

---

[135] Ks. *Lang*, 1995, s. 98.
[136] *Mäenpää*, 2001, s. 248 ss. ja *Lang*, 1995, s. 98.
[137] Ks. *Craig – de Búrca*, s. 124. Vaikeasti sovellettavaa periaatetta onkin kritisoitu siitä, että se on idealtaan väärä sääntö, väärässä paikassa ja väärään aikaan. Kritiikki on kohdistunut mm. siihen, että periaate olettaa yhteisön yhteisten keskitettyjen tavoitteiden ensisijaisuutta, eikä tarjoa mekanismia kyseenalaistaa näiden välttämättömyyttä, kun huomioon otetaan muut intressit. Ks. *Daviesin* (2006b) subsidiariteettiperiaatetta koskeva artikkeli.
[138] Ks. lisäksi *Shaw*, s. 215–221.
[139] *Raitio*, 2006, s. 183 ss.

tutkimuksen johdanto-osassa järjestöjen yhdistyslainsäädännön perusteella määräytyvä toiminnan sisältö kiinnitetään tutkimuksen perustaksi, josta lähtien yhdistyksen roolivaihtoehtoja tarkastellaan suhteessa kunnan ja yritysten oikeudelliseen tehtävärooliin. Osana voimassa olevan oikeuden perusteella määräytyvää roolitarkastelua ovat järjestöjen rahoittajan, Raha-automaattiyhdistyksen tehtävät ja niitä ohjaava lainsäädäntö. Tutkimuksen kohteena on kunkin edellä mainitun toimijan toimintaa yhteisesti ja erikseen sääntelevä oikeus.

Tutkimuksen jäsennystä voidaan hahmottaa kolmisivuisen ajattelumallin perusteella, jossa yhdellä sivulla ovat yleishyödylliset järjestöt, toisella yritykset ja kolmannella sivulla kunnat. Tutkimustavoitteen kannalta malli nostaa esille tutkimusta ohjaavan kysymyksen, mihin suuntaan tai suuntiin järjestötoiminnan etenemistä voitaisiin pitää nykyisen lainsäädännön voimassa ollessa oikeudellisesti perusteltuna. Järjestöjen yhteiskunnallisen roolin merkitys voidaan pyrkiä määrittelemään sen mukaan, kuinka pitkälle järjestöt voisivat edetä yritys- tai julkisyhteisömäiselle toiminta-alueelle. Tutkimuksen alussa on syytä pitää mielessä myös se vaihtoehto, että suunta onkin päinvastainen. Järjestöjen ehkä tuleekin vetäytyä pois kuntien ja yritysten toiminta-alueelta.

Edellä kuvattua perusjäsennystä noudattaen tutkimuksen johdanto-osassa (I) on kuvattu tutkimuksen viitekehys ja tutkimusongelmien yhteiskunnallinen merkittävyys sekä määritelty ja rajattu tutkimustehtävä. Osaan sisältyvät käytännön toimijoiden näkemysten jännitteet. Osa sisältää tutkimuksen kiinnekohtana myös yhdistysten oikeudellisen perustan tarkastelun. Tarkastelun lähtökohdaksi otetaan järjestöjen nykyinen käytännön toiminta sellaisena kuin se jäsentyy Raha-automaattiyhdistyksen avustuskäytännössä. Erityisen kiinnostava on kysymys, onko yhdistyslain perusteella määriteltävissä aatteellisen yhdistyksen toiminnan rajaus yhtäältä suhteessa yritysmäiseen ja toisaalta julkiseen toimintaan. Johdanto-osa sisältää lopuksi metodisten jännitteiden perusteella muodostetun tulkintametodin.

Toinen (II) osa sisältää hankintasäännökset, joiden tarkastelussa keskitytään niiden sosiaali- ja terveyspalveluja koskeviin säännöksiin. Hankintadirektiivin 2004/18/EY 2 artiklan mukaan hankintaviranomaisten on kohdeltava taloudellisia toimijoita *yhdenvertaisesti* ja *syrjimättä* sekä *toimittava avoimesti*. Hankintadirektiivin perusteluosan 2 kappaleeseen sisältyvä luettelo on vielä 2 artiklan periaatteita laajempi: jäsenvaltioissa valtion, paikallisten valtioon kuuluvien yhteisöjen ja muiden julkisoikeudellisten laitosten puolesta tehtyjen hankintasopimusten osalta on noudatettava *perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteita, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta ja niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun periaatetta, syrjimättömyyden periaatetta, vastavuoroisen tunnustamisen periaatetta, suhteellisuuden periaatetta ja avoimuusperiaatetta*. Nämä hankintadirektiivin soveltamiseen liittyvät periaatteet antavat

osaltaan lähtökohdan selvittää niiden käytännön merkitystä kansallisen lainsäädön säätämisessä ja soveltamisessa.

Hankintadirektiivi ja sen perusteella säädetty hankintalaki (348/2007) muodostavat järjestöjen aseman arvioinnissa tarkastelun toisen kiinnekohdankohdan ja samalla tutkimusta ohjaavan näkökulman, jonka perusteella edetään tarpeelliselta osin muun lainsäädännön tarkasteluun. Tästä syystä hankintalaki on sisällytetty välittömästi johdannon jälkeiseksi osaksi. Tämä etenemistapa on valittu myös siksi, että heti tutkimuksen alussa on tarkoituksenmukaista selvittää, miten yhteisön oikeus, siihen kuuluva hankintadirektiivi ja kansalliset hankintasäännöt tulevat tai eivät tule sovellettaviksi sosiaali- ja terveyspalveluihin taikka sosiaali- ja terveysjärjestöihin näiden tuottaessa kyseisiä palveluja, tai antavatko hankintasäännökset mahdollisuuksia erityispoikkeuksiin.

Kolmannessa (III) osassa selvitetään sitä, miten vastuu sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisestä määräytyy. Siten osa sisältää sellaisia tarkasteluja kuin mitä sosiaali- ja terveyspalvelut käytännössä sisältävät, minkä tahon tehtäväksi vastuu on sälytetty ja miten palvelujen käyttäjien oikeuksien turvaaminen on järjestetty. Tämän osan yhtenä tarkoituksena on saada olemassa olevan käytännön perusteella selvyyttä myös siihen, ovatko järjestöjen osittain raha-automaattiavustusten turvin tuottamat palvelut samoja vai muita kuin mitkä kuuluvat kuntien vastuulle. Sosiaali- ja terveyspalvelulle lainsäädännössä asetetut vaatimukset ovat lähtökohtana hankintasäännösten toimivuuden arvioinnille. Tässä osassa pyritään selvittämään myös se, onko Raha-automaattiyhdistyksen tuottojen käytön ja julkisyhteisön rahoitusvastuun väliin vedettävissä rajaa.

Neljäs (IV) osa sisältää yritystoiminnan näkökulman. Tämä selvittää sosiaali- ja terveysjärjestöjen asemaa markkinaoikeuden soveltamisessa. Tähän oikeudenalaan kuuluvan kokonaisuuden hallinnan helpottamiseksi markkinaoikeuteen kuuluvien säädösten tarkastelu on jaettu tietoisesti kahteen osaan. Osa IV sisältää tarpeellisilta osin elinkeinotoiminnan harjoittamista koskevat säännökset. Samoin osa kattaa julkisia tukia koskevien määräysten läpikäynnin, siten myös Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettyjen avustusten arvioinnin. Avustusten luonne pyritään määrittelemään mahdollisimman yksiselitteisesti. Samassa yhteydessä selvitetään julkisten tukien sekä kilpailu- ja sisämarkkinasääntöjen suhdetta. Valtiontukisääntöjen läpikäynnin tarkoituksena on löytää perusteet Raha-automaattiavustusten myöntämistä säätelevän avustuslain tavoitteille ja erityisesti sen 4 §:n 2 momentin konkreettiselle sisällölle.

Viides (V) osa jatkaa edellisessä osassa aloitettua selvitystä sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinaehtoisesta tuottamisesta. Tässä osassa tarkastellaan kuitenkin yhtä aikaa julkista järjestämisvastuuta ja sen sisältöä, ja arvioidaan, miten sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyvät yhteiskunnalliset tavoitteet voitaisiin saavuttaa siinäkin tapauksessa, kun palvelu tuotetaan julkisyhteisön ulkopuolella. Tutkimustavoitteen mukaisesti tarkastelun alue on rajattu kuitenkin siten, että

selvityksen kohteena on sosiaali- ja terveysjärjestöjen mahdollisuus tuottaa julkisen vallan vastuulla olevia palveluja. Tähän liittyy myös kysymys niiden rahoituksesta Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista.

Kuudes (VI) osa sisältää tutkimuksen kokoavat johtopäätökset ja pohdinnan. Se sisältää myös tulosten analysointia siltä osin kuin sitä ei ole ollut mahdollista tehdä aikaisemmassa vaiheessa.

4 Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhdistysoikeudellinen perusta

4.1 SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖJEN TOIMINNASTA

Oikeudellisesti olemassa olevia yhdistyksiä oli Suomessa 31.8.2006 yhteensä 125 531. Tarkkoja tietoja ei kuitenkaan ole olemassa siitä, kuinka moni yhdistys todellisuudessa toimii.[140] Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry:n muodostaa yhteensä 124 pääasiassa valtakunnallista yhdistystä ja säätiötä. Paikallisia yhteisöjä ja säätiöitä arvioidaan olevan Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry:n piirissä noin 6 500.[141]

Kansalaisjärjestötoiminnan – tai tässä yhteydessä kolmannen sektorin – oleellisena yhdistävänä tekijänä on aatteellisuus. Sillä tulee olla oma itsenäinen toimitila ja se eroaa selkeästi ominaispiirteidensä vuoksi ns. julkisesta kuin yritysmuotoisestakin toiminnasta. Kansalaisjärjestötoiminnan yksi tärkeä ulottuvuus on, että se ilmentää yhteisvastuullisuutta ja yhteistä tekemistä. Sen on todettu luovan koko yhteiskunnan sosiaalista pääomaa, jonka keskeisinä elementteinä ovat sosiaaliset verkostot ja luottamus.[142] Kolmatta sektoria koskevan sääntelyn lähtökohtana on yhä se, että yhdistystoiminta on vapaata kansalaistoimintaa. Voidaan kuitenkin suhtautua kriittisesti monien suurien kansalaisjärjestöjen institutionalisoitumiseen, jolloin ne ovat erkaantuneet varsinaisesta kansalaistoiminnasta.[143]

Kolmas sektori käynnistää taloudellisen toiminnan sen sosiaalisen arvon vuoksi, eikä toiminta tähtää voittoihin. Riittää, että tuotot ja kulut vastaavat toisiaan. Kolmannen sektorin toimintalogiikka on yritysmäistä silloin, kun se itse hankkii palvelutuotannon ja muun toiminnan edellyttämiä tuloja. Poikkeavuutta yritystoimintaan verrattuna on kuitenkin mm. sikäli, että toiminta ei usein kata kokonaiskustannuksia, vaan osa tarvittavista varoista tulee keräyksinä tai vapaaehtoispanoksina. Toimintoja ylläpidetään, vaikka ne eivät kattaisikaan kustannuksiaan, koska niillä on yleistä yhteiskunnallista tai yhteisöllistä merkitystä. Ihmiset eivät mielläkään näitä palveluja tavaroiden kaltaisiksi eivätkä ole valmii-

---

[140] Yhdistysten määrästä ja sen kehityksestä *Halila – Tarasti*, 2006, s. 25–31.
[141] Sosiaali- ja terveysjärjestöt Suomessa, s. 4.
[142] Kansalaisyhteiskunnan toimintaedellytysten työryhmämietintö, s. 13 ss.
[143] Ks. *Halila*, 1984, s. 475.

ta maksamaan niistä samassa mielessä, koska ne tuotetaan kansalaisilta kerätyin varoin. Kolmannen sektorin palvelujen tuotannossa on siten yhtenevyyttä myös julkishallinnon palveluihin.[144]

Talous on kolmannella sektorilla mukana vähemmän itsetarkoituksellisena elementtinä tai ensisijaisena tavoitteena kuin yrityksissä. Talous on yritystoimintaan verrattuna välineellisempää, ennen muuta mahdollistamassa jonkin sosiaalisen tarkoituksen toteutumista. Päämääränä on ihmisen hyvinvointi. Kolmannen sektorin palvelu- ja tavaratuotannossa on kilpailun kannalta epäedullisia piirteitä, kuten liiketaloudellisesti kannattamattomat ja suppeat markkinat ja työvoiman kvalifikaatiovajaukset.

Kolmatta sektoria voidaan arvioida myös suhteessa julkiseen hallintoon. Julkishallinnon tehtävät perustuvat yhteiskunnallistuneisiin, riittävän yleiseksi koettuihin tarpeisiin. Lisäksi tehtävät perustuvat usein lainsäädäntöön ja ne saavat rahoituksensa verovaroista. Kolmannen sektorin toiminta toteuttaa kuitenkin rajoitetummassa mielessä yhteiskunnallista intressiä kuin julkishallinnon toiminnot, joita järjestetään ”kaikkien” kansalaisten tarpeiden vuoksi. Kolmas sektori saa motiivinsa yleensä kapeammasta sosiaalisesta lähtökohdasta, sillä toiminta voi koskea eräissä tapauksissa hyvinkin pieniä väestöryhmiä.[145]

Järjestötoiminta monipuolistui 1980-luvulta lähtien. Tällöin julkiselle sektorille myytävä palvelutoiminta laajeni entisestään ja ostopalvelujärjestelmän myötä järjestöistä tuli uudella tavalla julkisen sektorin yhteistyökumppani. Julkisen sektorin näkökulmasta järjestöillä oli tuolloin marginaalinen rooli melko kattavan sosiaali- ja terveydenhuollon palvelujärjestelmän vuoksi. Kehitys merkitsi jännitteisyyttä järjestöjen perustehtävissä; oltiin toisaalta riippuvaisia yhteistyöstä kuntien kanssa ja niiden rahoituksesta, toisaalta piti pitää tiukastikin kiinni jäsenistön tarpeista. Järjestöt joutuivat käytännössä hakemaan vastausta siihen, miten kritisoida tahoa, jonka rahoituksesta oltiin uudella tavalla riippuvaisia. Järjestöt integroitiin tuolloin osaksi virallista sosiaalihuoltoa ja niistä tuli hampaattomia puolustamaan ihmisten oikeuksia. Toisaalta voidaan sanoa, että tämän kehityksen myötä valtakunnallisista järjestöistä ja vapaaehtoistoiminnasta tuli uudelleen varteenotettava ja tunnustettu toimija hyvinvoinnin kentässä.[146]

Matthies on esittänyt, että kolmannen sektorin tuleekin toimia jatkuvana sillanrakentajana palvelujen professionalisoitumisen ja kansalaistoiminnan välillä. Tähän voisi liittyä myös palveluja kehittävä ja toimintoja kokeileva toiminta. Puhuttaessa sosiaalipoliittisesta vastuusta järjestöillä lienee edelleen useimmissa maissa kansalaisten mielikuvissa parempi imago kuin markkinoilla.[147]

---

[144] Ibid.
[145] *Rönnberg*, 1999, s. 80.
[146] *Vuorinen ym*, 2004, s. 9 ss. Ks. myös *Nylund*, 2000, s. 67 ss.
[147] Ks. *Matthies*, 1999, s. 47.

Helander on luonnehtinut kuntien ja paikallisyhdistysten vuorovaikutussuhteissa tapahtunutta muutosta paradigmamuutoksen termein. Aiemmin vuorovaikutussuhteen hallitsevana piirteenä toimi järjestöjen kuntiin suuntaama edunvalvonta. Uudessa paradigmassa edunvalvonta on vaihtunut siten, että järjestöistä on tullut kuntien kanssa yhteistoiminnassa toimivia palvelujen tuottajia. Uuden paradigman mukaisessa vuorovaikutussuhteessa kuntapäättäjien ja paikallisyhdistysten vuorovaikutus on aikaisempaa enemmän vakiintunut ja kiinteytynyt. Se on alkanut pohjautua molemminpuolisen hyödyn ajatukselle. Vaihdon kautta kuntapäättäjät ovat yhdistysten välityksellä saaneet ennen muuta poliittista tukea, asiantuntemusta ja hyväksyntää kansalaisten taholta. Vaihdon välineenä kuntien puolella toimivat yhdistyksen jäsenistöä hyödyttävät tavallisimmin taloudellisia voimavaroja lisäävät tai toimintamahdollisuuksia laventavat päätökset. Uudenlaista suhdemallia onkin kuvattu kuntakorporatismiksi, molempia osapuolia hyödyntäväksi pysyväisluonteiseksi suhteeksi.[148]

Järjestöjen perusta muotoutuu kolmesta lähtökohdasta: Järjestöt ovat *tehtävän suorittajia, arvojen kantajia ja yksilön edustajia*. Näiden perusteella järjestöjä ei voida kuitenkaan luokitella. Tehtävän suorittaminen, arvojen kantaminen ja yksilön edustaminen ovat järjestön ”persoonallisuuden piirteitä”, jotka eivät sulje toisiaan pois, vaan esiintyvät eri vahvuisina eri järjestöissä.[149]

Tavallisesti sosiaali- ja terveysjärjestöt mielletään eri kansalaisryhmien edustajiksi. Oma järjestö on monelle toiminnan peruslähtökohta. Edustajuus koskettaa elämän kaikkia tasoja arkielämästä ja yksilön hyvinvoinnista edustavan ryhmän yhteiskunnalliseen asemaan ja etuuksiin. Monesti mainitaan vammaisen tai sairaan lisäksi myös hänen perheensä ja läheisensä. Yksilöiden on mahdollista vapaaehtoistoiminnan kautta sitoutua työskentelemään yhteiseksi hyväksi.[150]

Tehtävän suorittajina järjestöjen haasteena on löytää paikkansa verkostossa, suhteessa yhteiskunnan muihin toimijoihin. Tehtävän suorittajan roolissa ne ver-

---

[148] *Helander*, 2005, s. 18 ss. ja laajemmin s. 87–92.

[149] *Poteri*, 1998, s. 39. Selvityksen kohteena olivat kolmen sosiaali- ja terveysjärjestöjen kenttää varsin kattavasti kokoavan yhteistyöjärjestön, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry:n, Sosiaali- ja terveysturvan keskusliitto r.y.:n ja Terveyden edistämisen keskus ry:n jäsenjärjestöt. Selvitys muodostui pääosin valtakunnallisista sosiaali- ja terveysjärjestöistä, järjestöistä, jotka valtakunnallisesti edustavat tiettyä asiaa tai asiakasryhmää ja joilla on toimintaa useilla paikkakunnilla. Joukossa oli myös muutamia paikallisesti toimivia palveluntuottajia, jotka sattuvat olemaan jäseninä. em. kattojärjestöissä. Tämän tutkimuksen kannalta järjestöjen kattavuus on varsin hyvä, sillä verrattaessa Raha-automaattiyhdistyksen avustuksensaajien listaan, ulkopuolelle jää arviolta muutamia kymmeniä pieniä, valtakunnallisia järjestöjä. Ks. myös *Poteri*, 1998, s. 21. Tekstin kuvaus on tiivistetty selvityksestä, s. 42–52.

[150] Poterin esimerkkeinä yhdistyksen tarkoituksesta tässä yhteydessä: ”Tarkoituksena on edistää kehitysvammaisen ja hänen perheensä yhteiskunnallista tasa-arvoa ja elämänlaatua.” ”Kuurosokeiden asiantuntija- ja palvelujärjestö, joka pyrkii turvaamaan kuurosokeiden oikeudet ja itsenäisen elämän edellytykset ja mahdollisuudet yhteiskunnan kaikilla tasoilla.”

tautuvat julkiseen ja yksityiseen, voittoa tavoittelevaan sektoriin. Näiden rinnalla järjestöjen toimintaa voidaan tarkastella vaihtoehtona, täydentäjänä, kehittäjänä, tasavertaisena kilpailijana tai joillakin aloilla jopa ainoana mahdollisuutena. Arvojen kantajina järjestöt olennaisella tavalla rakentavat yhteiskunnan henkistä pääomaa. Kyky pysyä tässä roolissa elävänä ja ajankohtaisena on tärkeä. Yksilöiden edustajina järjestöt voivat avata kanavia yksilöille – toisaalta saada tukea, toisaalta saada mahdollisuuksia osallistumiseen. Lähtökohdat kilpailuyhteiskunnasta pudonneiden järjestötoiminnalle ja sitä kautta yhteisöllistymiselle eivät löydy tämän ihmisryhmän ulkopuolelta määritellyistä tavoitteista ja nimikkeistä. Toiminnan pitäisi syntyä, kuten kymmenien työttömien yhdistysten, ihmisten omasta aloitteesta ja omista tarpeista. Historiallisessa kierrossa sosiaali- ja terveysjärjestöillä on ollut hyväntekijän, vaihtoehtoisen/vapaaehtoisen auttajan ja protestoijan rooli.

Eräiden järjestöjen toiminta perustuu jollekin konkreettiselle tehtävälle. Useimmiten se on palvelun tuottaminen jollekin tietylle kohderyhmälle. Tehtävä voi olla myös, ei suoraan yksittäisiin ihmisiin, vaan toisiin järjestöihin tai yhteisöihin kohdistuvaa. Järjestön toiminnalla palvellaan muiden yhteisöjen toimintaa järjestämällä koulutusta, sekä toimimalla valtakunnallisen tason edunvalvojana ja yhteistyöverkoston luojana. Tehtäväkeskeisiksi *Poterin* selvityksessä on katsottu myös ne järjestöt, joiden toiminta rakentuu tietyn hoitomallin, menetelmän tai työskentelytavan kehittämiseen ja käytön edistämiseen.

Paikallisyhdistykset ovat tuottaneet palveluja jäsenilleen koko historiansa ajan, mutta laajamittaisempaan julkiseen keskusteluun voittoa tavoittelemattomien organisaatioiden palvelutuotanto nousi vasta 1990-luvun puolivälissä. Erityisesti järjestöjen palveluilla alettiin aikaisempaa useammin viitata siihen, että yhdistykset tuottavat niitä myös ulkopuolisille tarvitsijoille julkisten viranomaisten tukemana tai kuntien ostopalveluina. Voittoa tavoittelematon sektori mielletttiin omaksi toimijakategoriakseen, jonka odotettiin paikkaavan julkista palvelurakennetta erityisesti julkisella sektorilla voimavarojen niuketessa ”täydentävänä, ei korvaavana” -hengessä. Erityisesti kunnat kiinnostuivat mahdollisuudesta saada palvelutoimintahyötyjä paikallisyhdistyksiltä, joita ne olivat jo pitkään taloudellisesti tukeneet.[151] Monissa tapauksissa järjestöt pitävät osallistumistaan kilpailevaan palvelutuotantoon luonnollisena. Kilpailua tapahtuu myös järjestöjen kesken.[152]

Järjestöjen alue- ja paikallistoiminta sai aikaisempaa suuremman merkityksen 1990-luvulla tuen tuottamisessa. Kehitys on ollut suorassa suhteessa siihen, että

---

[151] Ks. *Helander*, 2005, s. 19–20.

[152] *Helanderin* paikallisyhdistyksistä tekemässä tutkimuksesta ilmenee, että vastaajista 18 % ilmoitti kilpailevansa toisten yhdistysten kanssa, 11 % yksityisten palveluntuottajien kanssa ja 10 % julkisen palveluntuottajan kanssa. *Helander*, 2005, s. 96.

julkisen palvelujärjestelmän puolella tapahtui iso muutos valtion ohjaavassa roolissa valtionosuusjärjestelmän muuttuessa. Palvelujen ja tuen tuottaminen kansalaisille on nyt pitkälti paikallisten ratkaisujen varassa. Parhaimmillaan se mahdollistaa paikallisten tarpeiden ja tilanteiden huomioon ottamisen. Pahimmillaan se sisältää riskin, että ihmisten mahdollisuudet saada tukea ovat aikaa myöten riippuvaisia asuinkunnasta ja siellä vallitsevasta tahdosta ja taloudellisesta tilanteesta.[153] Järjestöjen mielestä nykyinen palvelujen järjestämistapa ei turvaa kattavasti eräiden pienten erityisryhmien palveluja. Kunnalla on velvollisuus palvelujen järjestämiseen, mutta jos erityisosaamista ei ole, palvelujen järjestäminen on varsinkin pienille kunnille mahdoton tehtävä.[154]

Konkreettisen tehtävän lisäksi yhdistyksen toiminnan perusmotiivina on kuvattu erilaisia arvoja ja tavoitteita. Mainitut arvot ja tavoitteet vaihtelevat hyvin laajoista ja abstrakteista hyvinkin konkreettisiin ja yksityiskohtaisiin, mutta heijastavat kaiken kaikkiaan järjestöjen toiminnalle ominaista ehkäisevää työtä. Järjestötoiminnalla pyritään esimerkiksi *edistämään ihmisten välisen kanssakäymisen hyvää toteutumista yhtenä hyvinvoinnin pohjana: "Toiminta-ajatuksena saada aikaan henkilökohtainen ja toimiva vuorovaikutus aikuisten ja lasten välille. Luoda uutta ajattelua ja toimintaa lasten ja nuorten tulevaisuuden turvaamiseksi."*

Poterin selvityksessä esille nousi myös yksilön tarpeista huolehtiminen. Järjestöissä pyritään pitämään erityisesti heikompiosaisten kansalaisten puolta. Tässä menevät ensisijaisesti aatteellisuus ja edustuksellisuus päällekkäin. *Poteri* on tulkinnut ensisijaisesti aatteellisiksi sellaisen ihmisryhmän puolesta työtä tekevät järjestöt, jotka eivät pysty itse ajamaan asiaansa kuulumalla kyseessä olevaan järjestöön, taikka järjestö on muuten organisoitunut siten, että toiminta ei nouse yksittäisistä ihmisistä, vaan pikemminkin asiasta käsin. Laajasti ottaen fyysinen ja psyykkinen terveys sekä sosiaalisen elämän tasapaino ovat kaikkien järjestöjen tavoitteena. Joukossa erottuu kuitenkin järjestöjä, jotka ovat perehtyneet tiettyyn rajattuun ongelmaan ja sen ehkäisemiseen tai terveellisen elämän edistämiseen.[155]

Monialajärjestöissä toimitaan yhtä aikaa usealla eri toiminta-alueella ja niissä toteutetaan useita eri toimintamuotoja. Järjestöt ovat yhtä aikaa palveluntuottajia, voimakkaita edunvalvojia sekä vaikuttajia ja niillä on omaa tutkimustoimintaa joko järjestön itsensä tai järjestöön liittyvän säätiön alla. Monialajärjestöt toimivat sosiaali- ja terveydenhuollon alueella, mutta niillä voi olla selvästi esi-

---

[153] *Vuorinen ym.*, 2004, s. 10 ss.
[154] *Vuorinen ym.*, 2005, s. 109.
[155] Invalidiliiton teema on vuosina 2004–2005 ollut "Esteittä eteenpäin". Siinä on kiinnitetty huomiota rakennetun ympäristön esteettömyyteen. Paikallisyhdistykset ovat työssä olleet aktiivisesti liiton mukana. Invalidiliiton vuosikirja 2004, s. 3. Ks. myös *Poteri*, 1998, s. 43.

merkiksi urheiluun tai kulttuuriin liittyviä toimintamuotoja ja hankkeita. Järjestön palvelut saattavat kohdentua usealle eri asiakasryhmälle ja voittoa tavoittelemattoman järjestötoiminnan rinnalla niillä saattaa olla järjestötyön pohjalta syntynyttä liiketoimintaa. Järjestöille on monialaisuus tyypillistä ja niillä onkin siten ”leveä” ote yhteiskuntaan.

Raha-automaattiyhdistyksen avustuskäytännön ryhmittelyn[156] ja *Poterin* tekemän tutkimuksen perusteella järjestöjen mahdolliset roolit on tiivistettävissä seuraaviin neljään ryhmään:[157]

1) Järjestö, jonka tehtävän sisältö on jäsenten ja laajemminkin tietyn *kansaosan edunvalvontatoiminta*[158] *ja vertaistuen organisoiminen*[159]. Järjestön toimintaan kuuluu silloin erilainen tiedottaminen, informaation välittäminen ja vaikuttaminen sekä viranomaisten että yksityisten henkilöiden ja yritysten toimintaan.[160]
2) Järjestö, joka *organisoi erilaista vapaaehtois- ja auttamistoimintaa*. Tämä toiminta ei perustu vastikkeellisuuteen. Järjestön toimintaan kuuluu *järjestötoiminnan kehittäminen ilman kaupallisia tavoitteita*.
3) Järjestö, joka *harjoittaa kokeilu- ja kehittämistoimintaa*. Kehittämistoiminta suuntautuu kaupallisten tuotteiden kehittämiseen järjestön oman kaupallisen intressin johdosta.
4) Järjestö *harjoittaa palvelutoimintaa*. Järjestö myy palveluja sopimukseen perustuen joko julkisyhteisöille tai yksityisille.

Järjestöt eivät ole käytännössä sijoitettavissa edellä luokiteltaviin pelkistettyihin ryhmiin, sillä useissa järjestöissä eri toiminnasta voidaan löytää samalla kertaa useampia edellä kuvattuja piirteitä.

---

[156] Ks. Raha-automaattitoiminnan avustustoiminnan suuntaviivat ja painoalueet, s. 7.

[157] Ks. ryhmittelystä myös *Möttönen – Niemelä*, 2005, s. 59 ss.

[158] *Lahti*, 2003, s. 89. Lahti on luonnehtinut suomalaista järjestötyötä todeten sen olevan ”citizen advocacy -linjalla”.

[159] Esimerkiksi Mikkelin seudun mielenterveysseura ry:n tehtävänä on mielenterveyden ja mielen hyvinvoinnin edistäminen. Toiminnallaan yhdistys tukee ja kehittää ehkäisevää ja rakentavaa mielenterveystyötä, psyykkistä hoitoa ja kuntoutusta sekä muita mielenterveyspalveluja. Palvelujen tuottajana yhdistys on ylläpitänyt Mikkelin kriisikeskusta vuodesta 1994 lähtien. Työ on käytännössä sisältänyt akuuttia kriisityötä, kriisin käsittelyä eri muodoissa, sekä seurantaa ja tarpeen mukaan hoitoon ohjaamista. Toiminnan edellytyksenä on ollut yhteistyö Mikkelin kriisiryhmän ja muiden viranomaisten kanssa. Suurin osa yhdistyksen toiminnasta tehdään vapaaehtoisvoimin. Mikkelin seudun mielenterveysseura ry, Toimintakertomus s. 2 ja 8.

[160] Esimerkiksi syöpäjärjestöt ovat valmentaneet rintasyöpäleikkauksen läpikäyneitä toimimaan tukihenkilöinä. AA-kerhojen juuret ulottuvat 1930-luvun Amerikkaan. Ks. *Kuuskoski*, 2003, s. 31 ja 33.

4.2 SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖJEN YHDISTYSOIKEUDELLINEN PERUSTA

Euroopan yhteisön oikeus ei sisällä erikseen yhdistyksiä koskevia säännöksiä. Vaikeuden luokitella yhdistyksiä (ja säätiöitä) on todennut myös komissio 1990-luvun alkupuolella tekemässään selvityksessä. Yhteisön tasolla ilmenevät vaikeudet johtuvat osittain kansallisten perinteiden eroista, jotka näkyvät järjestöjen toiminnassa, sekä järjestöille ominaisesta tavasta yhdistää useita tavoitteita. Selvitys koski yhdistys- ja säätiölainsäädännön selvittämisen lisäksi myös jäsenvaltioiden verotusta koskevaa lainsäädäntöä.

Yhdistyslainsäädäntö on siten kansallista. Komissio katsoi, että sääntelyn tulisi myös tulevaisuudessa tapahtua kansallisella ja tarvittaessa myös alue- ja paikallisella tasolla, jolla järjestöjen ja viranomaisten suhteet perustuvat yksittäisten järjestöjen välisiin sopimusjärjestelyihin. Mutta olipa järjestöjen suhde viranomaisiin mikä hyvänsä, yhdistysten ja säätiöiden tulee olla hallituksesta riippumattomia, ja niiden on myös säilytettävä riippumattomuutensa. Komissio esitti selvitettäväksi kansallisella tasolla mahdollisuuksia alaa koskevan sääntelyn selkeyttämiseen ja mukauttamiseen.[161]

4.2.1 Yhdistymisvapaus perusoikeutena

Nykyinen yhdistyslaki (503/1989) perustuu vuoden 1919 yhdistyslakiin (1/1919), jonka 1 §:n 1 momentin mukaan ”*semmoisen tarkoituksen yhteistä toteuttamista varten, mikä ei ole vastoin lakia, saa perustaa yhdistyksiä, noudattaen mitä tässä laissa säädetään*”. Pykälän toinen momentti sisälsi yhdistyslain soveltamisen rajauksen siten, että ”*tämän lain säännökset eivät kuitenkaan koske yhteenliittymiä semmoista toimintaa varten, joka tarkoittaa voiton taikka muun välittömän taloudellisen ansion hankkimista siihen osallisille taikka joka muuten on pääasiallisesti taloudellista laatua, eivätkä yhdistyksiä, jotka lainsäädäntötoimenpitein erityisiä tarkoituksia varten järjestetään.*”

Yhdistymisvapaus kuuluu perustuslaissa turvattuihin perusoikeuksiin. Yhdistymisvapaus asettaa ennen kaikkea rajoja julkisen vallan toiminnalle.[162] Yhdistymisvapaus kuuluu sanan- ja kokoontumisvapauden ohella siihen perusoikeuksien ryhmään, josta käytetään usein nimitystä poliittiset perusoikeudet. Nämä perusoikeudet ovat välttämätön edellytys oikeusvaltioon olennaisesti kuuluvan

---

[161] Komission tiedonanto, Yhdistysten ja säätiöiden tukemisesta Euroopassa (2001), s. 13.
[162] *Tuori*, 1999, s. 433.

kansalaisyhteiskunnan järjestäytymiselle ja toiminnalle.[163] Niiden tehtävänä on turvata oikeudellisesti yhteiskunnan jäsenten julkista autonomiaa.[164] Kiistatonta on, että yhdistymisvapauden historiallinen tausta niin kansainvälisessä kuin kansallisessakin lainsäädännössä on aatteellisten yhdistysten toiminnan turvaamisessa.[165]

Edellä todettu lainkohta koski sanamuotonsa mukaan yhdistymisvapautta vain oikeutena perustaa yhdistyksiä. Vuoden 1919 yhdistyslain myöhemmissä pykälissä säädettiin yhdistymisvapauden muista tunnusmerkeistä, kuten oikeudesta päättää itse jäseneksi liittymisestä ja oikeudesta erota yhdistyksestä.[166]

Suomen kansalaisille kuuluva yhdistymisvapaus perustui alun perin hallitusmuodon 10 §:ään, jossa taattiin oikeus perustaa yhdistyksiä sellaisten tarkoitusten toteuttamista varten, jotka eivät ole vastoin lakia tai hyviä tapoja. Hallitusmuodon 10 §:n mukaan säännöksiä tämän oikeuden käyttämisestä annetaan lailla. Hallitusmuodon 10 § vahvisti uudelleen yhdistymisvapautta koskevalta osalta vuoden 1906 lausunto-, kokoontumis- ja yhdistymisvapaudesta annetun lain sisällyksen.[167] Hallitusmuodon säännöksen ja yhdistyslain välisen yhteyden osoittamiseksi yhdistyslain (503/1989) 1 §:ssä todettiin, että yhdistyksen saa perustaa vain aatteellisen tarkoituksen yhteistä toteuttamista varten ja että tämä tarkoitus ei saa olla lain tai hyvien tapojen vastainen. Hallitusmuodossa säännellyn yhdistymisvapauden ja yhdistyslain suhde pysyi siten uudessa laissa ennallaan.

Perusoikeuksia koskevan hallituksen esityksen (HE 309/1993 vp, s. 60) mukaan perustuslain turvaama yhdistymisvapaus koskee ensisijaisesti silloin jo voimassa olleen yhdistyslain (503/89) tarkoittamia ns. aatteellisia yhdistyksiä. Perustuslailla ei poistettu mahdollisuutta entiseen tapaan perustaa lainsääntöteitse julkisoikeudellisia yhdistyksiä julkisoikeudellista tehtävää varten.[168]

Yhdistyslaki perustuu nyt perustuslain (731/1999) säätämisen jälkeen perustuslain 13 §:ään, joka takaa jokaiselle yhdistymisvapauden. Siihen sisältyy oikeus ilman lupaa perustaa yhdistys, kuulua tai olla kuulumatta yhdistykseen ja osallistua yhdistyksen toimintaan. Samoin on turvattu ammatillinen yhdistymisvapaus ja vapaus järjestäytyä muiden etujen valvomiseksi. Säännös syntyi vuo-

---

[163] Ks. *Merikoski*, 1935, s. 6-8. Merikoski kuvaa yhdistyksen oikeuskelpoisuuden saavuttamisen eri tapoja: konsessiosysteemi, yhdistymisvapaussysteemi ja normatiivisysteemi.
[164] *Tuori*, 1999, s. 49. Tuori huomauttaa sivulla 434, että yhdistyslaki on säädetty ennen perusoikeusuudistusta. Tämän vuoksi on mahdollista, että yhdistyslain säännökset ovat jossain kohdin perustuslain kanssa ristiriidassa.
[165] Ks. yhdistymisoikeudesta perusoikeutena ja ihmisoikeutena *Tuori*, 1999, s. 433–437.
[166] HE 64/1988 vp, s. 22. Ks. yhdistyksen perustamisen edellytyksistä *Airaksinen – Jauhiainen*, 2006, s. 500.
[167] Ks. *Merikoski*, 1935, s. 30. Ks. myös *Merikoski* 1935, s. 26.
[168] HE 309/1993 vp, s. 60.

den 1996 perusoikeusuudistuksen yhteydessä, jolloin kokoontumis- ja yhdistymisvapautta koskeva säännös sisällytettiin hallitusmuotoon sen 10 a §:ksi. Tämä lainkohta siirrettiin perustuslain säätämisen yhteydessä suoraan perustuslain 13 §:ksi. Perustuslain 13 §:n 3 momentin mukaan tarkempia säännöksiä kokoontumisvapauden ja yhdistymisvapauden käyttämisestä annetaan lailla.[169]

Merkittävä tämän tutkimuksen kannalta on perustuslain 13 §:n 2 momentin sisältö, joka turvaa jokaiselle yhdistymisvapauden aikaisemmin määriteltyä laveammin. Siinä mainitaan myös yhdistymisvapauden ulottuvuuksista, ei vain oikeudesta perustaa yhdistyksiä. Valmisteluasiakirjojen mukaan nämä yhdistymisvapauden ulottuvuudet oli tosin jo lainsäädäntökäytännössä johdettu hallitusmuodon 10 §:stä, joten kysymys oli jo tapahtuneen kehityksen kirjaamisesta lakiin.[170]

Yhdistysvapaus kuuluu myös *yleisenä oikeusperiaatteena* yhteisön oikeuteen. Yhdistymisvapaus on yksi niistä perusoikeuksista, joita suojataan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan yhteisön oikeudessa. Tämä ilmenee ennakkoratkaisusta *Bosman* C-415/93, jossa oli kyse jalkapalloilijan oikeudesta siirtyä pelaajaksi toiseen jäsenmaanhan. Tuomioistuin perusteli ratkaisunsa sillä, että yhdistymisvapaus on vahvistettu ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen 11 artiklassa ja yhdistymisvapaus pohjautuu jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen.[171]

4.2.2 Yhdistyslain tavoitteet

Yhdistyslain tavoitteena on perustuslain edellyttämällä tavalla antaa säännökset yhdistymisvapauden käyttämisestä. Lain tavoitteena on edesauttaa kansanvaltaisuuden periaatteen kannalta perusteltujen menettelytapojen käyttöönottoa yhdistyksissä.[172] Yhdistyslailla haluttiin saattaa yhdistymisvapauden sääntely vastaamaan nykyaikaisen yhdistys- ja järjestötoiminnan vaatimuksia, laajentaa sisäistä toimintaa koskeva päätöksentekotapa parhaiten vastaamaan yhdistysten omia tarpeita sekä edesauttaa kansanvaltaisuuden periaatteen kannalta perusteltujen menettelytapojen käyttöönottoa yhdistyksissä. Lain tavoitteena oli, että kussakin yhdistyksessä voitaisiin ottaa käyttöön mahdollisimman hyvin yhdistyksen omiin tarpeisiin sopivat päätöksentekomuodot.

Aikaisempaa vuoden 1919 yhdistyslakia pidettiin aukollisena ja tulkinnanvaraisena. Ongelmaksi koettiin se, että laki oli laadittu ensisijaisesti sellaisia yhdis-

---

[169] Perusoikeussäännöksen historiallinen kehitys on nähtävissä myös vuoden 1988 yhdistyslakia koskeneesta hallituksen esityksestä, HE 64/1988 vp, s. 22.
[170] HE 309/1993 vp, s. 60.
[171] Asia C-415/93, *Bosman*, k. 79.
[172] Ks. HE 64/1988 vp, s. 1.

tyksiä varten, joissa jäseninä on vain yksityisiä henkilöitä ja joissa jäsenet käyttävät päätäntävaltaansa yhdistyksen kokouksessa.[173] Tarkoituksena oli, ettei yhdistysten itsemääräämisoikeutta kavennettaisi, vaan pyrittiin päinvastoin laajentamaan niiden mahdollisuuksia päättää itse toimintansa järjestämisestä. Lisäksi tavoitteena oli yhdistysten rekisteröimismenettelyn yksinkertaistaminen ja nopeuttaminen.[174]

Yhdistyslain 1 luku sisältää yleiset määräykset yhdistyslain soveltamisesta ja yhdistyslaissa säädellyn yhdistystoiminnan rajauksista. Lain 1 §:ssä on todettu yhdistyksen perustamisen päätarkoitus. Sen mukaan ”*yhdistyksen saa perustaa aatteellisen tarkoituksen yhteistä toteuttamista varten*”. Tarkoitus ei saa olla lain tai hyvien tapojen vastainen. Lain 2 §:n 1 momenteissa lain soveltamisalaa rajataan siten, että ”*tämä laki ei koske yhteisöä, jonka tarkoituksena on voiton tai muun välittömän taloudellisen edun hankkiminen siihen osallisille taikka jonka tarkoitus tai toiminnan laatu muuten on pääasiassa taloudellinen*”. Pykälän 2 momentin mukaan ”*yhteisöön, joka on lailla tai asetuksella järjestetty erityistä tarkoitusta varten, yhdistyslakia sovelletaan vain sikäli kuin niin on erikseen säädetty*”.

Yhdistyksen käsitettä ei ole määritelty yhdistyslaissa.[175] Sitä, mitä yhdistyslaki tarkoittaa aatteellisuudella, ei ollut tarkoituskaan hallituksen esityksen (HE 64/1988 vp, s. 22) mukaan itse laissa tarkemmin määritellä. Suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa lähtökohtana on pidetty yhdistyksen määritelmää, jonka *V. Merikoski* esitti jo vuonna 1935 väitöskirjassaan. Siinä hän esitti yhdistykselle neljä tunnusmerkkiä: Yhdistys on yhteenliittymä, 1) jonka muodostaa usea henkilö, 2) joka on tarkoitettu pysyväksi, 3) joka on perustettu jäsenten keskisellä sopimuksella ja 4) joka edistää jäsenten yhteistä tarkoitusta.[176]

Lain perusteluiden mukaan lain aatteellisuus -käsitteellä ymmärretään sitä, että yhteistoiminnan tarkoitus on muuta kuin *voiton tai muun välittömän taloudellisen edun hankkimista yhteistoimintaan osallisille*. Tämä määritelmä pyrki tekemään rajauksen jäsenten taloudellisen toiminnan suhteen, mutta perustelu ei itse asiassa anna lisäinformaatiota itse lain sisältöön nähden.[177]

Yhdistyslaki koskee yleislakina aatteellisia yhdistyksiä, joita voidaan perustaa ajamaan mitä moninaisimpia tarkoituksia. Yhdistykset voidaan jakaa toisaalta aatteellisiin ja taloudellisiin, sekä toisaalta yksityisoikeudellisiin ja julkisoikeudellisiin. Tämän ryhmittelyn perusteella saadaan seuraava nelijako:

---

[173] *Halila*, 1993, s. 43.
[174] HE 64/1988 vp, s. 1, 7 ja 8.
[175] Ks. yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1, s. 99.
[176] *Merikoski*, 1935, s. 9 ja *Merikoski – Kurkela*, 1955, s. 1. Ks. myös *Halila*, 1993, s. 14 ss. Ks. myös HE 64/1988 vp, s. 23, jossa nämä tekijät on todettu pysyvyyttä lukuun ottamatta olevan myös nykyisessä yhdistyslaissa.
[177] HE 64/1988 vp, s. 8.

1) yksityisoikeudelliset aatteelliset yhdistykset
2) julkisoikeudelliset aatteelliset yhdistykset
3) yksityisoikeudelliset taloudelliset yhdistykset
4) julkisoikeudelliset taloudelliset yhdistykset.

Edellä esitetty nelijako ei ole Suomen yhdistysoikeudessa täydellisesti voimassa, koska voi olla olemassa myös sekatyyppisiä yhdistyksiä. Nelijako osoittaa kuitenkin pääkohdissaan yhdistysten perussystematiikan.[178]

Taloudellisista yhdistyksistä ei Suomessa ole olemassa niitä koskevaa yleislakia. Yhdistyslain 2 §:n 1 momentissa aatteellisen yhdistyksen vastakohtana taloudellinen yhdistys on kuitenkin määritelty yhteisöksi, jonka tarkoitus tai toiminnan laatu muuten on pääasiassa taloudellinen. Valittujen kriteerien perusteella aatteellisen ja taloudellisen yhdistyksen erottelu ei ole ongelmatonta. Taloudellisia yhdistyksiä Suomessa ovat osuuskunnat, muut lailla säännellyt taloudelliset yhdistykset ja lailla säätelemättömät taloudelliset yhdistykset. Yhdistyslain 2 §:n 1 momentissa ei ole ollut tarpeellista tehdä eroa näiden taloudellisten yhdistysten tyyppien välillä, koska yhdistyslaki ei koske mitään niistä.[179]

Kun aatteellisia yhdistyksiä tulee tarkastella perustuslain 13 §:n 2 momentin yhdistymisvapauden kannalta, taloudellisia yhdistyksiä on tarkasteltava perustuslain 15 §:ssä tarkoitetun omaisuudensuojan ja 18 §:n 1 momentissa vahvistetun elinkeinovapauden kannalta.[180] Perusoikeuskomitea (KM 1992:3, s. 264) ilmaisi asian siten, että perusoikeusnäkökulmasta tarkasteltuna taloudellisten yhdistysten toiminta kuuluu pikemminkin elinkeinonvapauden ja taloudellisen toiminnan vapauden alaan kuin yhdistymisvapauden alaan.[181]

Yhdistyslaissa säädellyt yhdistykset ovat poikkeuksetta yksityisoikeudellisia. Ei kuitenkaan ole estettä säätää laissa jollekin yhdistykselle tehtäviä, jotka merkitsevät osallistumista julkisen vallan käyttämiseen. Vertailun vuoksi voidaan mainita, että aikaisemman yhdistyslain mukaan yhdistyksen tarkoitus ei saanut käsittää niitä oikeuksia, jotka kuuluvat yksinomaan julkisille viranomaisille. Vastaavan säännöksen puuttumisesta huolimatta uudenkaan yhdistyslain mukaan yhdistys ei saa omaksua yksinomaan viranomaisille kuuluvia tehtäviä.

---

[178] Ks. *Halila – Tarasti*, 2006, s. 22–24.

[179] Ks. *Halila – Tarasti*, 2006, s. 75 ss. Vuonna 1954 säädetyn osuuskuntalain (247/54) mukaan osuuskunta on yhteisö, jonka jäsenmäärä ja pääoma ovat edeltä käsin määräämättömät ja jonka tarkoituksena on harjoittaa jäsentensä taloudenpidon tai elinkeinotoiminnan tukemiseksi taloudellista toimintaa siten, että jäsenet osallistuvat siihen käyttämällä hyväkseen yhteisön palveluksia. Osuuskunnat voidaan jakaa tuotanto- ja kulutusosuuskuntiin. Kummallekin on tyypillistä se, että ne eivät ole tarkoitukseltaan aatteellisia.

[180] Ks. *Tuori,* 1999, s. 440. Ks. myös *Toiviainen*, 1982, s. 47. Myös Toiviainen toteaa taloudellista toimintaa harjoittavien yhteenliittymien perustamisen saavan perustuslain suojan välillisesti hallitusmuodon 6 §:n 1 momentin omaisuuden suojaa sääntelevän normin välityksellä.

[181] Ks. KM 1992:3, s. 264.

Vaikka yhdistys hoitaa julkista tehtävää, sitä ei voida pitää julkisoikeudellisena, jos sitä ei ole järjestetty lainsäädäntötoimin tämän tehtävän hoitamista varten.[182]

Viranomaisille kuluvia oikeuksia voi olla yhdistyslaissa sääntelemättömillä yhdistyksillä, joista mietintö mainitsee esimerkkinä toisen julkisoikeudellisen yhdistyksen, Suomen Asianajajaliiton.[183] Myös yhdistyslakikomitea käsitteli yhdistystoiminnan suhdetta viranomaisten tehtäviin. Mietinnön sisältämän (KM 1984:1, s. 121) lakiehdotuksen 5 §:n 1 momenttiin sisältyi säännös, jonka mukaan yhdistyksen tarkoitus ei saa käsittää tehtäviä, jotka kuuluvat yksinomaan viranomaisille.[184] Maininta viranomaistehtävistä lienee jätetty laista pois siksi, että viranomaistehtävien ja muiden kuin viranomaistehtävien asema oikeusjärjestyksessä määräytyy niiden perusteiden mukaan, jotka olivat muodostuneet jo tätä aikaisemmin perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössä. Nykyisin julkisen hallintotehtävän siirron tulee tapahtua perustuslain 124 §:n edellyttämällä tavalla ja eräitä viranomaisille kuuluvia tehtäviä ei voida lainkaan siirtää yksityisoikeudelliselle organisaatiolle.

Raha-automaattiyhdistys on esimerkki asetuksella (valtioneuvoston asetus Raha-automaattiyhdistyksestä 1169/2001) järjestetystä julkisoikeudellisesta yhdistyksestä. Muita lainsäädäntötoimin järjestettyjä yhdistyksiä ovat mm. Keskuskauppakamari ja kauppakamarit (keskuskauppakamariasetus; 337/88) ja Suomen Asianajajaliitto (asianajajalaki; 496/1958). Tällaisilla yhdistyksillä on lakisääteiset tehtävänsä, minkä vuoksi esimerkiksi Asianajajaliitto on enemmän oikeudenhoidon orgaani kuin pelkkä ammatinharjoittajien etujärjestö.[185]

4.2.3 Järjestömallit

Yhdistyslain 10 §:n mukaan yhdistyksen jäsenenä voi olla yksityinen henkilö, yhteisö tai säätiö. Laissa ei ole nimenomaisesti asetettu jäsenelle oikeuskelpoisuusvaatimusta; mm. lain esitöihin perustuvalla tavalla on vakiintuneesti lähdet-

---

[182] Ks. *Halila – Tarasti*, 2006, s. 24.

[183] Muita yhdistyslain soveltamisalan ulkopuolelle jääviä julkisoikeudellisia yhdistyksiä ovat mm. uittoyhdistykset, poronhoitoyhdistykset ja paliskunnat sekä riistanhoitoyhdistykset. Ks. *Merikoski*, 1974, s. 227.

[184] Yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1, s. 158. Lakiehdotuksen sisältö vastasi silloin voimassa olevan yhdistyslain 4 §:n 2 momenttia. Ainoana muuna kuin kielellisenä erona oli se, että silloin voimassa olevan lain mukaan yhdistyksen tarkoitus ei saa käsittää niitä oikeuksia, jotka kuuluvat yksinomaan julkisille viranomaisille, kun taas lakiehdotuksessa puhuttiin vain viranomaisista. ”Julkinen” sana poistettiin tarpeettomana, koska viranomainen ei voi olla yksityinen. ”Viranomaisille kuuluvien oikeuksien” sijasta ehdotettiin käytettäväksi ”viranomaisille kuuluvia tehtäviä”. Lainkohdassa tarkoitettuina yksinomaan viranomaisille kuuluvina tehtävinä mietinnössä mainitaan yleisestä järjestyksestä ja turvallisuudesta huolehtiminen sekä passien ja aseenkantolupien myöntäminen.

[185] *Halila*, 1991a, s. 309.

ty siitä, että vain oikeuskelpoiset subjektit voivat olla jäseninä. Rekisteröidyn yhdistyksen jäsenenä eivät voi olla rekisteröimättömät yhdistykset eivätkä epäitsenäiset säätiöt.[186]

Yhdistyksen perusrakenne voi olla moniportainen, koska yhdistyksen jäsenenä voi olla toisia yhdistyksiä. Eri kombinaatioiden määrä on huomattava. Jäsenpohja voi olla sekamuotoinen, jolloin se koostuu mistä tahansa jäsenkelpoisista subjekteista. Yhdistys voi myös olla kaksi-, kolmi- tai useampiportainen. Variaatioiden määrää on omiaan lisäämään se, että järjestökokonaisuudessa voi olla (pää)yhdistykseen sekä suoraan että vain välillisesti kuuluvia jäseniä.[187]

Jäsenpohjaltaan, jäsenmäärältään ja organisaatioltaan erimuotoisista yhdistyksistä on käytetty yhdistyksen säännöissä, järjestöoppaissa ja oikeuskirjallisuudessa erilaisia nimityksiä. Yhdistyksestä on saatettu käyttää synonyymia järjestö ja eri toimialojen yhdistyksistä omia vakiintuneita nimityksiä kuten urheiluseura ja ammattiosasto. Moniportaisia liittoja on kutsuttu keskusliitoiksi. Moniportaisten yhdistysten yleisnimityksenä on ollut keskusjärjestö.[188] Raha-automaattiyhdistyksen avustamista sosiaali- ja terveysalan yhdistyksistä ja säätiöistä käytetään yleisesti nimitystä sosiaali- ja terveysalan järjestöt. Tässä yhteydessä vakiintuneessa kielenkäytössä järjestöinä pidetään myös avustuksia saavia säätiöitä. Esimerkiksi vuoden 2004 avustuksenjakopäätös sisälsi yli tuhat avustuksensaajaa, joista valtaosa oli yhdistysmuotoisia.[189]

Yhdistysoikeudessa on tarkasteltu omana kokonaisuutenaan jäsenrakenteiltaan moniportaisia yhdistyksiä ja kehitetty niitä koskevaa käsitteistöä. Tämä on ollut tarpeen paitsi kyseisten yhdistysten erityisen merkityksen vuoksi myös siksi, että järjestöissä on vakiintunut niihin liittyviä omia käsitteitä. Suomessa käytetään jäsenrakenteeltaan moniportaisista yhdistyksistä vakiintuneesti liiton nimitystä. Ilmaisuun sisältyy vaikutelma tavanomaista kiinteämmästä jäsenrakenteesta niin kuin yleensäkin liitto -johdannaisissa ilmaisuissa. Liiton perustyyppinä Suomessa on pidetty yhdistystä, jossa on vain yhdistysjäseniä ja jossa

---

[186] Ks. tästä esimerkiksi *Merikoski – Kurkela*, 1955, s. 27 ja *Halila*, 1993, s. 52–56. Kansalaisyhteiskunnasta käytävässä keskustelussa tukeudutaan selvästikin yhdistysautonomiakäsitteeseen. Kansalaisyhteiskunnalla on perinteisesti tarkoitettu sitä toimintaa, joka on valtiosta vapaa (NGO, non-governmental organisations), jota ohjaavat siihen osallistuvat ihmiset (autopoieettinen), jossa osallistuminen on vapaaehtoista (voluntary) ja joka ei pyri tuottamaan voittoa (non-profit). Kansalaisyhteiskunnan institutionaalinen ydin pohjoismaissa on yhdistys (järjestö). Ks. *Möttönen – Niemelä*, 2005, s. 28.

[187] *Halila*, 1993, s. 52.

[188] Ibid.

[189] Ks. käytettävistä termeistä http://www.ray.fi/avustustoiminta/tiedotteet/ajankohtaista19_12.php?l1=1, 13.9.2004.

alimmassa portaassa olevilla jäsenyhdistyksillä on jäseninä vain yksityisiä henkilöitä.[190] Liittojen liittoa on ollut tapana kutsua keskusliitoksi.[191]

Sisäisen rakenteensa perusteella liitot on jaettu kiinteisiin ja löyhiin. Liiton jäsenyhdistyksiä on nimitetty niiden struktuurin mukaan milloin piiri-, tai aluetaikka toimialajärjestöiksi. Rekisteriin merkitsemättömiä osia on kutsuttu eri tavoin; osasto, jaosto ja itsenäinen tai epäitsenäinen haaraosasto.

Yhdistyslaissa ei ole määritelty mitään yhdistystyyppiä liittämällä sellaiseen oikeusvaikutuksia. Laissa operoidaan pelkästään ilmaisulla yhdistys käyttämättä erityisnimitystä sellaisestakaan yhdistyksestä, jota koskevat lain tietyt erityissäännökset.[192]

Oikeuskirjallisuudessa on käytetty ilmaisua ”sekamuotoinen yhdistys” yhdistyksistä, joihin kuuluu muunlaisia jäseniä kuin pelkästään joko yksityisiä henkilöitä tai yhdistyksiä.[193] Yhdistyksen jäseninä voivat olla yksityisten henkilöiden ja yhdistysten lisäksi kunnat, osakeyhtiö ja esimerkiksi kommandiittiyhtiö. Sekamuotoinen jäsenpohja voi yhdistyksissä johtua monista syistä. Ellei säännöissä ole muuta määrätty, jäseneksi voidaan hyväksyä yhdistyslain 10 §:ssä osoitetulla tavalla mitä tahansa oikeussubjekteja. Säännöissä saatetaan määrätä jäsentyyppien kiintiöistä. Näiden täyttämisen myötä jäsenpohjasta tulee automaattisesti sekamuotoinen. Toisinaan jäsenpohjan sekatyyppisyys syntyy suunnittelemattomasti esimerkiksi niin, että perustamisvaiheessa on yhdistysjäsenten ohella mukana muita oikeushenkilöitä kuten kuntia ja yhtiöitä sekä yksityisiä henkilöitä.

Myös sosiaali- ja terveysjärjestöjen perusyhdistystyyppinä voidaan pitää yhdistyksiä, joiden jäseninä on pelkästään luonnollisia eli fyysisiä henkilöitä tai niin kuin laissa sanotaan yksityisiä henkilöitä. Näitä yhdistyksiä on kutsuttu verrattain usein henkilöjäsenyhdistyksiksi.[194] Sosiaali- ja terveysjärjestöjen piirissä on yhdistyksiä, joiden jäsenenä saattaa olla säätiö. Monet vanhustentalosektorin yhdistykset ovat sekamuotoisia, sillä kunta on usein ollut alkuunpanemassa tai muuten myötävaikuttamassa järjestön syntyyn.[195]

---

[190] *Halila*, 1993, s. 57 ss. *Toiviainen*, 1982, 40. Toiviainen määrittelee liiton siten, että se on yhdistys, jonka jäsenistö muodostuu rekisteröidyistä yhdistyksistä ja niiden jäseninä olevista fyysisistä henkilöistä. Keskusjärjestön hän katsoo oleva liittoa laajempi käsite. Se käsittää paitsi liitot myös muut yhdistykset, joiden jäsenistö koostuu ainakin osittain rekisteröidystä yhdistyksistä.

[191] *Halila*, 1993, s. 62.

[192] *Halila*, 1993, s. 52–53.

[193] Ks. yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1, s. 106 ja *Halila*, 1993, s. 56.

[194] Ks. *Halila*, 1993, s. 53–54. Sosiaali- ja terveysjärjestöissä tällaisia yhdistyksiä on runsaasti.

[195] Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan tietokanta.

4.2.4 Yhdistyksen oikeuskelpoisuus

Yhdistyslain 6 §:n mukaan yhdistys voi hankkia oikeuksia ja tehdä sitoumuksia sekä olla asianosaisena tuomioistuimessa ja muun viranomaisen luona, jos se on rekisteröity siten kuin yhdistyslaissa säädetään. Lain 58 §:ssä todetaan lisäksi, ettei yhdistys, jota ei ole merkitty rekisteriin, voi saada nimiinsä oikeuksia tai tehdä sitoumuksia eikä kantaa tai vastata. Yhdistyksen oikeuskelpoisuuden ehtona on siten sen rekisteröiminen, ja yhdistys pysyy oikeuskelpoisena niin kauan kuin se on merkittynä yhdistysrekisteriin.[196] Oikeuskelpoisuus on arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan asetettu myös ehdoksi sille, että avustusta voitaisiin myöntää Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista.

Yhdistyslain 49 §:n mukaan yhdistys on viivytyksettä merkittävä nykyisin patentti- ja rekisterihallituksen pitämään rekisteriin, jos merkitsemiselle ei ole laista johtuvia esteitä. Rekisterinpitäjän tulee mm. tarkistaa, että yhdistys eroaa nimeltään aikaisemmin rekisteriin merkityistä yhdistyksistä, ja että yhdistyksen rekisteröimiselle ei ole lain 1 luvusta johtuvaa tai muuta lakiin perustuvaa estettä. Edellä olevasta johtuu myös, että rekisteröinnin ehtona on se, että yhdistyksen tarkoituksena ei saa olla toiminta vastoin lakia tai hyviä tapoja. Yhdistyksen tarkoituksena ei saa olla myöskään jatkaa jonkun jo lakkautetun yhdistyksen toimintaa.[197] Rekisteröimiselle asetetuista vaatimuksista johtuu myös se, että yhdistyksen on oltava luonteeltaan aatteellinen eikä sen toiminta ole lain mukaan kiellettyä. Kiellettynä on pidetty yhdistystä, jonka tarkoituksena oli sääntöjensä mukaan vaikuttaa päihdepolitiikkaan ja lainsäädäntöön siten, että kannabiksen käyttö, saatavuus ja kotikasvatus omaan käyttöön tulisivat lailliseksi täysi-ikäisille Suomen kansalaisille. Kannabiksen käyttö on rikoslain mukaan rangaistavaa.[198]

Yhdistysten rekisteröiminen ei saa käytännössä muodostua sellaiseksi, että se tosiasiallisesti estää yhdistymisvapauden käyttämistä. Yhdistymisvapauden tehokas toteutuminen pyrittiin varmistamaan määrittelemällä mahdollisimman tarkasti yhdistysrekisteriä pitävän viranomaisen suorittaman tutkinnan laajuus. Rekisteröimispäätös ei saa olla viranomaisen vapaassa harkinnassa, vaan yhdistys on aina rekisteröitävä, mikäli laissa säädetyt edellytykset täyttyvät. Laissa oleva luettelo rekisteröimisen esteistä on tyhjentävä.[199] Muita kuin siinä mainittuja

---

[196] HE 64/1988 vp, s. 26.
[197] HE 64/1988 vp, s. 19.
[198] KHO:n 1990-luvun oikeuskäytännöstä voidaan tässä yhteydessä nostaa esimerkkinä kielletystä yhdistyksestä ratkaisu KHO 16.9.1994, taltio 4231.
[199] Hallituksen esityksen perustelut rekisteröintiviranomaisen toimivaltuuksien rajaamisesta näyttäisivät perustuvan osaltaan myös käytännön kokemukseen, jonka mukaan viranomaisen tulkinta oli muodostunut käytännössä tarkoituksenmukaisuusharkinnaksi ja ”tyylikysymysten” arvioimiseksi. Ks. yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1, s. 116.

seikkoja ei siten tutkita, eikä rekisteriin merkitseminen voi riippua sellaisista seikoista.[200]

Rekisteröiminen on toimitettava, jos sille ei ole lakiin perustuvaa estettä. Rekisteröimisjärjestelmä on kuvattu vakiintuneesti normatiivijärjestelmänä. Sen perusajatuksen mukaan rekisteröiminen on toimitettava, jos laissa säädetyt edellytykset täyttyvät, niin kuin asia on ilmaistu yhdistyslain 49 §:n 1 momentin 3 kohdassa. Oikeuskirjallisuudessa tehtyjen johtopäätösten mukaan normatiiviperiaate tarkoittaa, että sääntöjen on oltava kyseisen lain (eli yhdistyslain) ja tarvittaessa muunkin lain mukaiset.[201]

Rekisteriviranomaisen on perustamisilmoituksesta tarkistettava, että yhdistyksen tarkoitus on aatteellinen ja ettei yhdistys sille suunnitellun taloudellisen toiminnan johdosta muodostu lain 2 §:ssä tarkoitetulla tavalla pääasiallisesti taloudelliseksi. Edelleen on tarkistettava, ettei yhdistykselle aiottu, sen sääntöihin merkitty tarkoitus ole lain tai hyvien tapojen vastainen. Lisäksi rekisterinpitäjä velvoitetaan vielä tarkastamaan, ettei rekisteröimiselle ole edellä todettujen lisäksi muutakaan lakiin perustuvaa estettä. Hallituksen esityksen mukaan tämä tarkoittaa sen selvittämistä, etteivät yhdistyksen perustaminen ja sen sääntöihin otetut määräykset ole yhdistyslain tai muunkaan lain pakottavien säännösten vastaisia. Säännös rajaa siis yhdistyksen sääntöjen tarkastamisen pelkästään niiden lainmukaisuuden tutkimiseen eli laillisuusharkintaan.[202]

Yhdistyslakia ei ole edes yritetty laatia aukottomaksi eikä muutenkaan kirjoittaa materiaalisilta osiltaan erityisesti sääntötarkastuksen tarpeita silmällä pitäen. Rekisteriin merkittyjen yhdistysten säännöissä voi näin ollen olla ja onkin kohtia, joita ei voida pitää oikeudellisesti pätevinä, vaikka viranomainen on suorittanut tarkastustehtävänsä asianmukaisesti. Patentti- ja rekisterihallitus ei yhdistysrekisterinpitäjänä myöskään rekisteröimisen jälkeen seuraa yhdistyksen toimintaa, sillä rekisterinpitäjällä ei ole lakiin perustuvaa oikeutta puuttua yhdistyksen toimintaan rekisteröimisen jälkeen. Käytännössä rekisterinpitäjä ei siten ole poistanut omasta aloitteestaan yhdistyksiä rekisteristä sen johdosta, että toiminta on muuttunut vahvistettujen sääntöjen vastaiseksi.[203] Tästä seuraa se, että yhdistyksen toiminnan lainmukaisuus sen rekisteriin merkitsemisen jälkeen perustuu

---

Asian tärkeyttä ja periaatteellisuutta korostaa myös yhdistymisvapauden rajoituksista 1900-luvun alussa syntyneet traumaattiset kokemukset. Ks. tästä seikkaperäinen kuvaus *K. J. Ståhlberg*, 1912, s. 367–375.

[200] HE 309/1993 vp, s. 60, 69 ja 70.

[201] *Halila,* 1993*,* s. 176 ss. Halila huomauttaa lisäksi, että hakemuskäytännössä voisikin tulla hankaluuksia, jos viranomaisen tulisi olla perillä myös siitä, täyttävätkö säännöt esim. järjestökäyttöön perustuvat oikeudelliset pätevyyden vaatimukset. Tarkastelu on tehty sillä perusteella puhutaanko lainmukaisuudesta vai lakiin perustuvasta esteestä.

[202] HE 64/1988 vp, s. 70. Ks. myös yhdistyslakikomitean mietintö 1984:1, s. 116.

[203] *Sadeluoto*: Yhdistyksen *säännöt* tarkastetaan ennen rekisteröimistä, jotta ne täyttävät yhdistyslain vaatimukset, mutta yhdistyksen tosiasialliseen toimintaan tarkastus ei ulotu.

pääosin yhdistyksen omaan sisäiseen ohjaukseen. Eräissä tilanteissa on tosin mahdollista, että myös yhdistyksen ulkopuolinen taho vaatii yhdistyksen toiminnan lainmukaisuutta ja jopa yhdistyksen lakkauttamista. Tämän tutkimuksen rajaamistarpeesta johtuen ei tätä näkökulmaa ole mahdollista tarkemmin selvittää.[204]

4.2.5 Yhdistyksen taloudellinen toiminta

Tässä tutkimuksen tavoitteiden kannalta merkittävä kysymys on, miten yhdistyslaki mahdollisesti rajaa sosiaali- ja terveysjärjestön toimintaa, joka monessa tapauksessa näyttäisi sisältävän yritysmäisiä ja siten selvästikin taloudellisen toiminnan piirteitä. Sallitun taloudellisen toiminnan rajojen määrittely on ongelmallista. Oikeuskirjallisuudessa esitettynä esimerkkinä taloudellisesta yhdistyksestä on esitetty ammattimaisen joukkueurheilun piirissä toimivia yhdistyksiä.[205]

Immonen on yhteisötalouden käsitettä kehittelevässä väitöstutkimuksessaan kiinnittänyt huomioita yhdistyksen harjoittaman taloudellisen toiminnan rajoihin. Hän katsoo, että yhdistysten harjoittamassa liiketoiminnassa törmätään väistämättä kysymyksiin siitä, miten yhteiskunnan yhdistyksille myöntämät avustukset vaikuttavat esimerkiksi tuotteen tai palvelun hintaan ja mikä merkitys on esimerkiksi vapaaehtoistyön seurauksena olevalla ilmaisella työpanoksella. Kilpailun vääristymisestä onkin käyty paljon keskustelua ja monet väitteet kilpailun vääristymisen toteutumisesta ovat oikeutettuja. Yhdistyksen alkuperäinen tarkoitus on aatteellinen ja liiketoiminnan harjoittamiseen on olemassa erikseen useita yritysmuotoja. Miksi yhdistyskentässä tapahtuu kuitenkin koko ajan toiminnan liiketoiminnallistumista ja aatteellinen tavoite unohdetaan tai se jää toissijaiseen asemaan?[206] *Immosen* esille nostamat näkökohdat ovat jatkossa tämän tutkimuksen keskeisiä kysymyksiä.

Yhdistyslain 2 §:n 1 momentti rajaa lain soveltamisen siten, että laki ei koske yhteisöä, jonka tarkoituksena on voiton tai muun välittömän taloudellisen edun hankkiminen siihen osallisille taikka jonka tarkoitus tai toiminnan laatu muuten on pääasiallisesti taloudellinen. Yhdistyslakikomitean tehtävänä ei ollut selvittää taloudellisten yhdistysten lainsäädännön kehittämistarpeita, sillä taloudellisten

---

[204] Yhdistyslain 43 §:n 1 momentin mukaan alioikeus voi sisäasiainministeriön, virallisen syyttäjän tai yhdistyksen jäsenen kanteesta julistaa yhdistyksen lakkautetuksi, jos yhdistys toimii olennaisesti vastoin lakia tai sen säännöissä määrättyä tarkoitusta.

[205] Ks. *Airaksinen – Jauhiainen*, 2006, s. 500.

[206] *Immonen*, 2006, s. 205.

yhdistysten oikeudelliset ongelmat ovat pääosin liiketoiminnan tarpeiden vuoksi toisentyyppisiä kuin aatteellisten yhdistysten.[207]

Yhdistyslailla ei ole tarkoitettu kuitenkaan kokonaan kieltää aatteellisilta yhdistyksiltä taloudellista toimintaa.[208] Yhdistys voi harjoittaa taloudellista toimintaa, joka tukee sen aatteellisen tarkoituksen toteuttamista. Yhdistyslain 5 §:n mukaan yhdistys saa harjoittaa vain sellaista elinkeinoa ja ansiotoimintaa, josta on määrätty sen säännöissä tai joka muutoin välittömästi liittyy sen tarkoituksen toteuttamiseen taikka jota on pidettävä taloudellisesti vähäarvoisena.[209] Yhdistyksen säännöistä on ilmettävä ne puitteet, joissa taloudellista toimintaa harjoitetaan. Hallituksen lakia koskeneen esityksen mukaan (HE 64/1988 vp, s. 23), vaikka yhteisöllä olisi jokin aatteellinenkin päämäärä ajettavanaan, sitä ei pidetä aatteellisena yhdistyksenä, jos sillä on myös taloudellinen tarkoitus tai jos yhteisö muuten on pääasiassa taloudellinen.[210] Laajamittaista taloudellista toiminnan oikeutusta on oikeustieteellisessä kirjallisuudessa epäilty yhdistyslain vastaisuudesta.[211]

Hallituksen esityksen mukaan kaikkia niitä yhdistyksiä, joihin on sovellettu vuoden 1919 yhdistyslakia, pidettiin myös uuden yhdistyslain mukaan edelleen aatteellisina yhdistyksinä.[212] Tällaisia ovat mm. poliittiset yhdistykset, ammattiyhdistykset, elinkeinonharjoittajien yhdistykset, urheilujärjestöt sekä erilaiset

---

[207] Soveltamisalaltaan yleistä, niin aatteellisia kuin taloudellisiakin yhdistyksiä koskevaa lakia ei ole tämänkään vuoksi ollut aiheellista valmistella. Eri asia on, että lakiehdotuksessa (so. komitean ehdottamassa lakiehdotuksessa, selvennys kirjoittajan) on ollut tarkoitus selkeyttää aatteellisten yhdistysten taloudellisen toiminnan säätelyä sekä aatteellisten ja taloudellisten yhdistysten käsitteellistä rajanvetoa. Ks. yhdistyslakikomitean mietintö 1984:1, s. 99.

[208] Hallituksen esityksessä puhutaan ”ansio- tai elinkeinotoiminnan” harjoittamisesta. HE 64/1988 vp, s. 23.

[209] Ks. myös *Halila – Tarasti*, 2006, s. 79–84.

[210] HE 64/1988 vp, s. 23.

[211] *Airaksinen – Jauhiainen*, 2006, s. 498: Mikäli laajamittainen elinkeinotoiminta on yhdistykselle mahdollista, ja mikäli sen tulokset voidaan jäsenetuina palauttaa jäsenille, miksi yhdistykset ovat esimerkiksi omalle pääomalle asetettujen vaatimusten osalta erilaisessa asemassa kuin muut yhteisömuodot. Ks. *Airaksinen – Jauhiainen*, 2006, s. 500 ss.

[212] Yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1: s. 15: Vuoden 1919 yhdistyslain 9 §:n 2 momentin mukaan yhdistys sai harjoittaa elinkeinoa tai muuta ansiotoimintaa ainoastaan sikäli kuin sen säännöissä oli määrätty. Komitean lakiehdotuksessa oli ilmaisu elinkeino- ja muu ansiotoiminta korvattu käsitteellä liiketoiminta. Liiketoiminnan käsitettä ei komitean mukaan ollut tässä yhteydessä käytetty tarkalleen samassa merkityksessä kuin muussa lainsäädännössä. Se ei ollut tarkoitettu vastaamaan sanatarkasti verolainsäädännössä, esimerkiksi elinkeinotulon verottamisesta annetussa laissa, tarkoitettua liiketoimintaa. Koska yhdistyslaki ei sääntele yhdistysten verotusta, siinä käytettävän ilmaisun ei tarvitse olla sama kuin elinkeinoverolaissa. Yhdistyslaissa säännelty ja yhdistyksen säännöissä määrätty liiketoiminta ei siten ole välttämättä verotettavaa liiketoimintaa. Komiteamietinnön mukaan liiketoiminnalla tarkoitetaan (ehdotetun 5 §:n 2 momentissa, lisäys kirjoittajan) jossain määrin avarampaa kokonaisuutta kuin voimassa olevan lain elinkeino- ja muulla ansiotoiminnalla. Sen ei välttämättä tarvitse olla elinkeino- tai ansiotoimintaa, kun kysymys vain on yhdistyksen eduksi koituvasta taloudellisesta toiminnasta.

kulttuuri- ja *sosiaalialan yhdistykset* (*kursiivi kirjoittajan*).[213] Yhdistyslakikomitean (KM 1984:1) mietinnön mukaan kyse oli siitä, että lakiehdotuksen keskeisenä lähtökohtana oli, ettei ehdotus edellytä yhdistyksiltä sääntöjen muuttamista. Yhdistysten määrä on niin suuri, ettei niiden muuttaminen yhdistyslakia uudistettaessa olisi ollut käytännössä mahdollista. Sen sijaan, että lakiehdotuksessa olisi lähdetty pakollisesta sääntöjen muuttamisesta, siinä annettiin useissa kohdin mahdollisuus yhdistyksen sääntöjen muuttamiseen sellaisiksi, joita aikaisemman lain aikana ei voitu merkitä yhdistysrekisteriin.[214]

Edellä todetun perusteella voidaan katsoa lain säätämisen lähtökohtaisena olettamuksena olleen, että ns. vanhat, ennen uutta yhdistyslakia perustetut yhdistykset täyttävät myös voimassa olevan yhdistyslain vaatimukset. Yhdistyslailla ei ole kuitenkaan voitu hyväksyä lain voimaan tullessa yhdistyslain vastaisia yhdistysten sääntöjä taikka sellaista toimintaa, jota yhdistyslaki ei pidä aatteellisena. Taloudellista toimintaa koskevan rajauksen osalta uusi yhdistyslaki ei tuonut aikaisempaan verrattuna mitään muutosta.

Vuoden 1988 yhdistyslailla on siten käytännössä väljennetty jossain määrin aikaisemman lain sisältöä. Sen mukaan yhdistyksen elinkeino- ja muun ansiotoiminnan oli oltava säännöissä määrätty. Tätäkin oli komiteamietinnössä perusteltu käytännön näkökohdilla eli sillä, että sääntelyn ”lievähkö väljentäminen” oli omiaan helpottamaan yhdistysrekisteritoimiston tarkastustoimintaa. Komitea totesi uuden lain mukaan olevan riittävää, että liiketoiminta on säännöissä edellytetty. Väljentäminen on ollut tosiasiallisen kehityksen hyväksymistä lainsäädännössä.[215] Komitean laatimassa lakiehdotuksessa käytettiin ilmaisua ”liiketoiminta”, mutta tätä termiä ei sisällytetty kuitenkaan enää yhdistyslakiin. Vastaavilla perusteilla voitaisiin todeta ”edellytettyä” olevan esimerkiksi aatteellisen toiminnan, joka ilmenee käytännössä taloudellisena. Tällaista on esimerkiksi erityisesti vanhuksille tarkoitettujen asuntojen hankkiminen ja vuokraaminen, jos tämä muutoin toteuttaa aatteellisuuden perusvaatimuksen.

Hallituksen yhdistyslakia koskevan esityksen (HE 64/1988 vp, s. 23) mukaan taloudellista toimintaa ei ollut enää tarpeellista säännöissä yksityiskohtaisesti määritellä, vaikka niin voidaan edelleen tehdä. Vaikka yhdistyksen sääntöihin ei sisälly tämänkaltaista määrittelyä, yhdistys voisi harjoittaa sellaista elinkeinoa

---

[213] HE 64/1988 vp, s. 23.

[214] Ks. yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1, s. 100 ss.

[215] Yhdistyslakikomitean mietintö 1984:1, s. 160. Niinpä, jos urheiluseura voi sääntöjensä mukaan järjestää urheilukilpailuja tai ylläpitää urheilulaitosta, se voi ilman muuta myydä kilpailujen yhteydessä virvokkeita ja ylläpitää urheilulaitoksen yhteydessä kioskia tai ruokalaa. Tällaista liiketoimintaa ei tarvitse yhdistyksen säännöissä erikseen mainita, koska säännöissä mainittu yhdistyksen toimintamuoto normaalisti edellyttää mainittua liiketoimintaakin.

tai muuta ansiotoimintaa, joka kytkeytyy välittömästi säännöissä määrätyn tarkoituksen toteuttamiseen.[216]

Yhdistyslaista ilmenevien kriteereiden perusteella aatteellisen ja taloudellisen yhdistyksen erottelu on joka tapauksessa kokonaisharkintaa. Merkittävää on siten taloudellisen toiminnan laajuus ja sisältö suhteessa aatteelliseen toimintaan. Esimerkkinä lailla säädellyistä taloudellisista yhdistyksistä hallituksen esityksessä mainitaan osuuskunnat. Muita taloudellisia yhdistyksiä ovat esityksen mukaan mm. lauttaus- ja uittoyhdistykset, riistanhoitoyhdistykset, paliskunnat ja paliskuntien yhdistykset, metsänhoitoyhdistykset ja kauppakamarit.[217] Esimerkkeinä lakiesityksen aikaisista lailla säätelemättömistä yhdistyksistä olivat puhelinyhdistykset. Taloudellisten yhdistysten perustaminen ei nykyisenkään yhdistyslain määräysten mukaan ole sinänsä lain vastaista, mutta tällaista yhdistystä ei voida merkitä yhdistysrekisteriin.[218]

Yhdistyslain sisältöä jäsennettäessä voidaan tarkastella Ruotsin aatteellisten yhdistysten määrittelystä tehtyä tutkimusta. Ruotsin lainsäädännön perusteella tehtyjä johtopäätöksiä ei sellaisenaan voida pitää perusteena Suomen yhdistyslain sisällölle, sillä Ruotsissa ei ole olemassa lainkaan Suomen yhdistyslakia vastaavaa aatteellisia yhdistyksiä koskevaa yleislakia. On kuitenkin yhdistyslain valmisteluasiakirjoista ilmenevällä tavalla pidettävä ilmeisenä, että maiden yhteinen historiallinen tausta ja nykyisen yhdistyslain valmistelun yhteydessä tehdyt vertailut huomioon ottaen Ruotsin oikeusjärjestelmän periaatteita voidaan hyödyntää myös Suomen yhdistyslainsäädäntöä koskevassa tutkimuksessa.[219]

Hemström on ruotsalaista yhdistystoimintaa eritellessään jäsentänyt yhdistystoimintaa siten, että hän on erottanut yhdistyksen tarkoituksen ja toiminnan sisällön toisistaan. *Tarkoituksella* tarkoitetaan yhdistyksen tavoitteita (päämääriä) ja yhdistyksen *toimintamuodolla* niitä keinoja, joilla näihin tavoitteisiin pyritään. Toiminnan sisältö muodostuu siten keinoista, joilla toiminnan tarkoitukseen pyritään.[220] Yhdistyksen määrittelyssä *Hemström* on turvautunut johtopäätöksiin, joita on tehty yhdistystoimintaa koskeneessa lakiehdotuksessa ja oikeuskäytännössä.[221] Lähtökohtana oikeuskäytännössä on myös Suomen yhdistyslain edellä todettu periaate eli aatteellinen yhdistys ei voi harjoittaa taloudellista toimintaa edistääkseen jäsentensä taloudellisia intressejä.

---

[216] HE 64/1988 vp, s. 26.
[217] Ks. *Merikoski – Kurkela*, 1955, s. 21–22. Tässä viitekohdassa on lueteltu ajankohdan mukaan varsin kattavasti lailla erikseen säädetyt yhdistykset, joiden joukossa on myös Suomen Punainen Risti.
[218] He 64/1988 vp, s. 23 ja 24.
[219] Ks. yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1, s. 8–12 ja 59–63.
[220] Näin myös *Airaksinen – Jauhiainen*, 2006, s. 502.
[221] *Hemström*, 1972, s. 3.

Aatteellisen toiminnan käsitteen *Hemström* määrittelee siten, että se on ymmärrettävä toisin kuin liiketoiminnallisesti tai ammattimaisesti harjoitettu toiminta. Taloudellinen tarkoitus on Ruotsin säädetyn oikeuden mukaan jäsenten taloudellisten intressien edistämistä.[222] Näitä intressejä voidaan edistää yhdistyksen toiminnassa siten, että yhdistyksen tuottama voitto jaetaan jäsenille. Taloudellisten intressien edistäminen voi olla myös epäsuoraa. Aatteellisella tarkoituksella katsotaan edistettävän muita kuin jäsenten taloudellisia intressejä. Puhtaasti aatteellinen tarkoitus on esimerkiksi yhdistyksellä, joka toteuttaa uskonnollista, hyväntekeväisyyttä edistävää, poliittista, sosiaalista, urheilullista tai kulttuurista päämäärää.[223]

Hemström on eristänyt yhdistyksen toiminnan sisällöstä ja toiminnan tarkoituksesta neljä eri yhdistelmää. Näitä ovat

1) yhdistys, jonka toiminnan sisältö ei ole taloudellista ja jonka tarkoitus on aatteellinen
2) yhdistys, jonka toiminnan sisältö ei ole taloudellista, mutta jonka toiminnan tarkoitus on jäsenten taloudellisten etujen edistäminen
3) yhdistys, jonka toiminnan sisältö on taloudellista ja jonka toiminnan tarkoitus on aatteellinen
4) yhdistys, joka harjoittaa taloudellista toimintaa jäsentensä taloudellisten intressien edistämiseksi.

Säädettäessä aatteellisten yhdistysten toiminnasta on ollut tarkoitus välttää taloudellisiin riskeihin johtavat tilanteet. Silloin voidaan yhdistyksen jäsenille antaa myös vapautus yhteenliittymän veloista, joka ei ole mahdollista muissa erityisesti taloudellisen toiminnan harjoittamista varten säädetyissä yhteisömuodoissa.[224]

4.2.6 Yhdistysautonomia

Rajoittaako yhdistyksen itsemääräämisoikeus sitä mahdollisuutta, että sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämiseen liittyviä tehtäviä annettaisiin yksityisoikeudelliselle yhdistykselle? Varsinaisia johtopäätöksiä voidaan tehdä vasta tutki-

---

[222] Ks. myös *Hemström*, 1996, s. 15 ss., missä Hemström kuvaa yhdistyksen toiminnan tarkoitusta ja siinä mm. rajausta tarkoitukseen edistää jäsenten taloudellisia intressejä. Esimerkkinä taloudellisista intresseistä hän mainitsee bussin ostamisen tai vuokraamisen, jolloin matkustaminen tapahtuu omakustannushintaan. Kyse on tällöin jäsenten taloudellisten etujen edistämisestä, kun bussin ostamisen tai vuokraamisen tavoitteena on kaupallisia vaihtoehtoja alhaisemmat kustannukset.
[223] Ks. *Hemström*, 1972, s. 8–9.
[224] Ibid.

muksen myöhemmissä johtopäätöksissä sen jälkeen, kun myös tutkimuksen muu materiaalinen sisältö on selvitetty.[225]

Perinteisen yhdistysautonomiakäsityksen sisältö voidaan kiteyttää Suomessa toimivaltakysymysten osalta kahteen dogmiin. Ensiksikin jokainen oikeuskelpoinen yhdistys tekee itse omat päätöksensä. Yhdistys ei tämän mukaan voi luovuttaa päätösvaltaansa ulkopuolisille. Toiseksi yhdistykselle kuuluva itsemääräämisoikeus on samaistunut jäsenten itsemääräämisoikeuden kanssa. Itsemääräämisoikeus kuuluu jäsenille (tai niihin rinnastuville valtuutetuille), jotka eivät voi siitä luopua muuten kuin rajoitetusti yhdistyksen muiden ryhmien hyväksi. Oppi pohjautuu (edellä tarkasteltuihin) suomalaisen yhdistysautonomiakonseption yleisiin perusteisiin – niin perusoikeusnäkökohtiin kuin siviilioikeudellisiinkin seikkoihin. Yhdistyksen itsemääräämisoikeus merkitsee sitä, ettei julkisen vallan tai muunkaan ulkopuolisen tahon tule voida määrätä asiakysymyksissä yhdistyksen päätöksestä. Tällaisena tahona saattaisi olla esimerkiksi yhdistyksen sponsori.[226]

Yhdistysautonomiasta johtuu mm. se, ettei Suomessa kenelläkään ole oikeutta päästä yhdistyksen jäseneksi siksi, että hänellä on tähän olennainen intressi.[227] Yhdistysautonomiaan voidaan katsoa liittyvän myös nykyisen yhdistyslain säätämisen keskeisenä tavoitteena ollut tavoite poistaa silloin käytännössä toteutunut yhdistysrekisteritoimiston pikkutarkka toiminta. Rekisteritoimiston toiminta oli omiaan vaarantamaan yhdistysautonomian toteutumisen. Uudella yhdistyslailla luovuttiin kokouspöytäkirjojen esittämisestä ja virallistettiin sääntöjen ennakkotarkastus. Rekisteröimishakemus voidaan hylätä vain, jos siihen on lakiin perustuva syy.[228]

Yhdistyslakia koskevassa hallituksen esityksessä yhdistysautonomia on määritelty siten, että HM 10 §:n tarkoituksena on turvata kansalaisten yhdistymisvapaus suhteessa julkiseen valtaan. Jotta yhdistymisvapaus voisi toteutua, on yhdistyksen itsensä voitava mahdollisimman laajalti päättää, miten sen sisäinen toiminta ja menettelymuodot on tarkoituksenmukaista järjestää yhdistyksen tarkoitusperien toteuttamiseksi. Yhdistystä koskevalla lainsäädännöllä ei saa asettaa liian tiukkoja vaatimuksia yhdistyksen toiminnan järjestämiselle. Tätä yhdistysten itsemääräämisoikeutta eli yhdistysautonomiaa eivät kavenna lakiin otetut tahdonvaltaiset säännökset, joista yhdistys voi päättää poiketa. Pakottavat säännökset koskevat pääasiassa kysymyksiä, joilla on vaikutusta sivullisten asemaan

---

[225] *Halila*, 1993, on analysoinut perusteellisesti yhdistysautonomiasta oikeuskirjallisuudessa ja yhdistyslain valmistelun yhteydessä esitettyjä käsityksiä väitöskirjassaan s. 241–291. Ks. myös *Toiviainen*, 1982, s. 60 ss.

[226] *Halila*, 1993, s. 277 ss. Päätösvallasta *Tuori*, 1999, s. 450. Yhdistymisvapaudesta perusoikeutena myös *Hallberg*, s. 49 ss.

[227] *Halila*, 1983, s. 81.

[228] Ks. *Halila*, 1989, s. 1126, 1131 ja 1159.

tai jäsenvähemmistön oikeuksien turvaamiseen. Myös toimivaltajako yhdistyksessä on järjestetty pääpiirteissään pakottavin säännöksin, mikä johtuu pyrkimyksestä varmistaa kansanvaltaisten periaatteiden noudattaminen yhdistysten päätöksenteossa.[229]

Yhdistysautonomialla on laaja käytännön merkityksensä liittomuotoisissa yhdistyksissä, joiden organisaation järjestämistä mm. liiton jäsenyhdistysten yhdistysautonomia rajoittaa. Pääsääntöisesti liitolle ei voida antaa jäsenyhdistykselle kuuluvaa päätösvaltaa. Yhdistyslaissa käsitellään kuitenkin useassa kohdassa liittoa ja siihen suoraan tai välillisesti kuuluvia yhdistyksiä kokonaisuutena, jossa liittoa ei pidetä mainittuihin yhdistyksiin nähden ulkopuolisena. Yhdistysautonomian lähtökohtana on, että yhdistys voi luopua päätösvallastaan liiton hyväksi vain omalla päätöksellään.[230]

Kokoavasti voidaan todeta, että yhdistymisvapauden perustana on yhdistysten sisäinen itsemääräämisoikeus ja toimintavapaus. Siten yhdistykset voivat vapaasti hyväksyä haluamansa säännöt ja valita niiden mukaan vapaasti jäsenensä. Oikeus kuulua yhdistykseen ei anna yksilölle oikeutta päästä jäseneksi mihin tahansa yhdistykseen. Yhdistyksen itsemääräämisoikeuteen on lisäksi katsottu kuuluvan oikeus päättää itse, keitä yhdistyksen jäseniksi hyväksytään.[231] Itsemääräämisoikeuteen kuuluu myös, ettei julkinen valta eikä mikään muukaan taho voi määrätä asiakysymyksissä yhdistyksen päätöksen sisältöä. Sen tarkoituksenmukaisuutta ei voida kanneteitse saattaa tuomioistuimen harkittavaksi. Yhdistyksellä ei myöskään ole yleistä velvollisuutta antaa toiminnastaan tietoja ulkopuolisille; viranomaisten tietojensaantioikeuden on perustuttava erityiseen lain säännökseen.[232]

Yhdistys vastaa itse siitä, että sen toiminta on lain ja sääntöjen mukaista. Yhdistyksen omassa päätöksenteossa toiminnan johtaminen yhdistyksen tarkoituksesta käsin – ei julkisen vallan tarpeesta – on johtava periaate. Myöskään yhdistyksen jäsenten oikeuteen valita itse päättävät elimensä ei voida ulkopuolelta puuttua. Siihen ei näin ollen voida puuttua myöskään julkista tukea myöntävän valtioneuvoston tai kunnan toimesta.

---

[229] *Halila*, 1993, s. 267, 274 ja 289. Halila viittaa myös *Merikosken* väitöskirjassaan (s. 76) jo vuonna 1935 esittämään luonnehdintaan: ”Se, mitä tässä on sanottu yhdistyksen jäsenen oikeuksista, osoittaa, että yhdistys sisältä päin nähtynä on perusolemukseltaan demokraattinen ja että siinä ratkaiseva määräämisvalta kuuluu jäsenille. Ulospäin katsottuna, nimenomaan mikäli on kysymys jäsen- ja pääyhdistysten tai paikallisosastojen ja niiden keskusjärjestöjen välisistä suhteista, tämä sisältää sen, että yhdistykselle on ominaista itsemääräämisoikeus.” Merikoski keskittyi silloisen yhdistyslain 12 §:n tulkintaan liittosuhteiden kannalta.

[230] Ks. tästä *Halila – Tarasti*, 2006, s. 48 ss. ja KM 1984:1, s. 41.

[231] Ks. HE 309/1993 vp, s. 60 ja 15–16.

[232] *Halila – Tarasti*, 2006, s. 41–42 ja HE 64/1988 vp, 15–16. Ks. myös yhdistyslakikomitean mietintö KM 1984:1 s. 41.

Kun yhdistyksen jäseninä voivat olla myös julkisyhteisöt, voivat näitä tahoilta tulevat jäsenet käytännössä pyrkiä edistämään yhdistyksessä julkisyhteisön vastuulla olevia tavoitteita. Jäsenten tulee päätöksiä tehdessään periaatteessa edustaa vain yhdistyksen tarkoituksen toteutumista. Järjestöautonomiasta johtuen heidän on silloin toteutettava yhdistyksen sääntöjen mukaisten tarkoituksen toteutumista. Käytännössä on oletettavaa, että julkisyhteisön, esimerkiksi kunnan ”edustajan” yhdistyksen päättävässä elimessä tapahtuvaan kannanmuodostukseen voidaan arvioida vaikuttavan merkittävästi kunnan intressit. Usein nämä ovatkin sosiaali- ja terveysjärjestön tarkoituksen kanssa yhdensuuntaiset; tarkoituksena on edistää kuntalaisten sosiaalista ja terveydellistä hyvinvointia. Oikeusjärjestyksessä järjestölle määritellyn tehtäväroolin hämärtymisen kannalta on tällaisessa tapauksessa kuitenkin nähtävissä ongelmia.

4.3 AATTEELLISTEN JÄRJESTÖJEN YLEISHYÖDYLLISYYDESTÄ

Perusoikeusnäkökulmasta voidaan todeta, että yhdistyslain tavoitteena on perustuslain edellyttämällä tavalla antaa säännökset yhdistymisvapauden käyttämisestä. Lain tavoitteena on hallituksen esityksen mukaan edesauttaa yhdistyksissä kansanvaltaisuuden periaatteen kannalta perusteltujen menettelytapojen käyttöönottoa.[233] Yhdistymisvapauden pääasiallisena sisältönä on perustuslain 13 §:n mukaan jokaiselle turvattu yhdistymisvapaus. Yhdistyslakia ei siten ole säädetty turvaamaan perustuslain elinkeinon ja ammatin vapauden piiriin kuuluvaa toimintaa, joita varten ovat olemassa säännökset osakeyhtiöstä ja muista taloudellista toimintaa säätelevistä yhteisömuodoista. Tämä johtopäätös ei ole tulkinnanvarainen sikäli, että tulkinta perusoikeuksien merkityksestä on ilmaistu suoraan yhdistyslaissa. Perustuslain elinkeinovapauden perusoikeuden perusteella säädetyn lainsäädännön eräänä tarkoituksena on sen sijaan ollut tarkoitus turvata esimerkiksi jäsenten tai osakkaiden turva tietyissä tapauksissa ulkopuolisia tahoja, esimerkiksi velkojia vastaan, ja myös oikeuksien turvaaminen päinvastoin.[234]

Yhdistyksen toiminta on saattanut käytännössä kehittyä ja muuttua siten, ettei se enää vastaa tosiasiassa rekisteröinnin yhteydessä esitettyjä sääntöjä. Yhdistyksen tosiasiallisen toiminnan taloudellinen luonne oli esillä korkeimman oikeuden Pro Laituri ry:tä koskeneessa ratkaisussa (KKO 4.3.2004, taltio 686).

---

[233] Ks. HE 64/1988 vp, 1.
[234] Ks. tästä Ruotsin yhdistyslain soveltamisen kannalta, *Hemström*, 1972, s. 9–10.

Pro Laituri ry on yhdistysrekisteriin merkitty yhdistys, jonka päätarkoituksena on suunnitella ja järjestää kesäisin Down By The Laituri -niminen kaupunkifestivaali Turussa. Kysymys oli siitä, voitiinko yhdistys asettaa yrityksen saneerauksesta annetussa laissa (47/1993, yrityssaneerauslaki) tarkoitettuun saneerausmenettelyyn. Korkein oikeus katsoi, että kyseinen Pro Laituri ry oli edellä mainitun lain 2 §:n 1 momentissa tarkoitettua taloudellista toimintaa harjoittava yhdistys, joka voi olla saneerausmenettelyn kohteena.

Oikeus totesi, että Pro Laituri ry harjoittaa taloudellista toimintaa, joka on suunnitelmallista, vuosia jatkunutta ja siihen liittyy taloudellinen riski. Yhdistyksen taloudellisessa toiminnassa on tosin kysymys yhdestä vuosittain järjestettävästä tapahtumasta ja yhdistyksen talous riippuu tapahtuman onnistumisesta. Näillä seikoilla sen enempää kuin silläkään, että yhdistyksen tuloskehityksen luotettava arviointi pitkällä aikavälillä mahdollisesti on vaikeaa, ei ole kuitenkaan merkitystä arvioitaessa, oliko yhdistys edellä todetussa lainkohdassa tarkoitettu taloudellista toimintaa harjoittava yhdistys. Mikään muukaan ei puhunut sen puolesta, ettei aatteellinen yhdistys, joka harjoittaa sellaista taloudellista toimintaa kuin Pro Laituri ry, voisi olla saneerausmenettelyn kohteena.[235]

Vaikka sosiaali- ja terveysjärjestö on merkitty yhdistysrekisteriin, ei se merkitse sitä, että yhdistyksen toiminnan ei voitaisi katsoa kuuluvan luonteeltaan taloudellisena jonkin toisen lain soveltamisalaan. Myös edellä esitetty esimerkki osoittaa, että tulkinta on tehtävä kulloinkin sovellettavana olevan säännöksen tarkoitusta silmällä pitäen. Esimerkiksi yhdistyslain soveltamisessa saattaa antaa tulkinta-apua yrityksen saneerauksesta taikka tuloverotuksesta annettuun lakiin sisältyvän, sanamuodoltaan vastaavan säännöksen tulkinta, mikäli kyseessä olevassa tapauksessa on perusteet analogiatulkintaan. Tapauksen tosiseikaston puuttuessa ei ole mahdollista arvioida, olisiko edellä todetussa tapauksessa yhdistystä ollut pidettävä myös yhdistyslain merkityksessä taloudellisena yhdistyksenä.

Näyttäisi siltä, ettei raha-automaattivaroja koskevassa arpajaislain (1047/2001) mukaisessa jakokäytännössä ole missään vaiheessa ollut tarvetta määritellä yksityiskohtaisesti sitä, mitä yleishyödyllisyydellä tarkoitetaan. Tiettävästi kysymyksestä ei ole olemassa yhtään tuomioistuimen tulkintaa. Tämä tarkoittaa myös sitä, että määritelmää on materiaaliselta sisällöltään voitu tulkita varsin joustavasti. Perusteluna joustavuudelle voidaan pitää sitä, että sosiaali- ja terveysjärjestöjen toiminta-alue on sisällöltään monipuolinen ja vaikeasti jäsennettävissä. Edellä esitetyn perusteella voidaan yleisesti todeta, ettei jako aatteellisiin ja taloudellisiin yhdistyksiin ei ole suinkaan sama kuin jako altruistisiin ja egoistisiin yh-

[235] KKO 4.3.2004, taltio 686.

distyksiin. Taloudellisen yhdistyksen ei tarvitse olla välttämättä egoistinen eikä toisaalta altruistinen yhdistys ole samalla aatteellinen.[236]

Arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan yhdistyksen tulee olla rekisteröity ja yleishyödyllinen, jotta sille voitaisiin myöntää raha-automaattiavustusta. Taloudellista yhdistystä ei yhdistyslain 49 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan voida merkitä yhdistysrekisteriin, koska taloudellisen yhdistyksen säännöt eivät täytä yhdistyslain 2 §:n aatteellisuuden vaatimusta. Tämän seurauksena tarkoituksel-taan taloudellisille yhdistyksille ei voida myöntää avustusta. Yhdistyslaista seuraa siten jo se, ettei yhdistyksen toiminta voi tähdätä yhdistykseen osallistuvien taloudellisten etujen ajamiseen. Arpajaislain 22 §:ssä erikseen asetettu vaatimus yleishyödyllisyydestä kytkeytyy saman lain 17 §:ään, jonka mukaan yleishyödyllisyyden tulee ilmetä terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämisenä.

Myös monissa sosiaali- ja terveysalan yhdistyksissä varaintarve on niin suuri, että yhdistykset ovat katsoneet välttämättömäksi harjoittaa taloudellista toimintaa. Kysymys on siis siitä, muuttuuko yhdistys tällaisessa tilanteessa edellä olevan lainkohdan mukaiseksi taloudelliseksi yhdistykseksi, jota ei voitaisi merkitä yhdistysrekisteriin.

Edellä olevan (ks. luku 4.2.5) *Hemströmin* jäsennyksen perusteella laaditun luettelon kohta 1) vastaa suoraan yhdistyslain 1 §:n mukaista sisältöä, vaikka kyseissä lainkohdassa ei ole eriteltykään erikseen toimintaa ja yhdistyksen tarkoitusta. Sosiaali- ja terveysjärjestö kuuluu tähän ryhmään silloin, kun sen toiminnan tarkoituksena on varsinainen kansalaisjärjestötoiminta. Kansalaisjärjestötoimintaa on esimerkiksi jonkin potilasryhmän edunvalvonta ja järjestö harjoittaa käytännössä vaikuttamista, tiedotustoiminta ja koulutusta.[237] Koulutuksen osalta on kuitenkin huomautettava, ettei tässä yhteydessä tarkoiteta koulutuspalveluiden liiketoiminnallista myyntiä. Aatteellisten yhdistysten tuki- ja kannatusyhdistyksiä, esimerkiksi urheilun ja taiteen tukiyhdistyksiä, voidaan pitää aat-

---

[236] Ks. egoismista ja altruismista yhdistystoiminnassa *Merikoski*, 1935, s. 116. Merikoski toteaa, että ”tosin yleensä aatteellisessa yhdistyksessä toimiminen tai sen toiminnan tukeminen esim. kannatus- ja jäsenmaksuilla on omiaan tuottamaan yhdistyksen jäsenille tyydytystä sikäli, että hän tuntee toimivansa ei ainakaan yksinomaan egoististen motiivien vaikutuksen alaisena, vaan ajattelee hyödyttävänsä myös lähimmäisiään, joko sitten suppeampaa tai laajempaa piiriä. Mutta aina ei ole näin. On paljon sellaisia aatteellisia yhdistyksiä (esim. urheiluseurat, lukurenkaat), joiden koossapitävänä siteenä on jäsenten pyrkimys itsensä kehittämiseen eikä halu toimia toisten hyväksi.”

[237] Hemström kutsuu näitä puhtaasti aatteellisiksi yhdistyksiksi. Ks. *Hemström*, 1996, s. 18.

Esimerkkinä tästä voidaan mainita A-kiltojen liitto ry, joka on valtakunnallinen keskusjärjestö ja jonka jäseninä ovat paikalliset päihdeasiakasjärjestöt, A-killat. Yhdistyksen keskeisiä toiminnan periaatteita ovat päihteettömyys, vapaaehtoisuus, kokemuksellisuus, yhteisöllisyys, toiminnallisuus ja yhteistoiminta. Http://www.a-kiltojenliitto.fi/, 13.9.2004.

teellisina, kunhan niiden toiminta kohdistuu tuettavan järjestön edustaman aatteen eikä jäsenten välittömään tukemiseen.[238]

Hemströmin jäsennyksen 2) kohdan mukaista järjestöä nyt tarkasteltavana olevassa järjestöpiirissä ei esiintyne.[239] Sellaisena voitaisiin pitää ”järjestöjen järjestöä” eli Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteistyöyhdistys YTY ry:tä, jonka toiminta tähtää osittain myös jäsenyhdistyksen taloudellisten etujen ajamiseen, ellei taloudellisten edellytysten turvaaminen tähtäisi järjestöjen *aatteellisen* toiminnan edistämiseen. Kyseisen yhdistyksen toiminta tähtää pääosin järjestöjen yhteistoiminnan edistämiseen. Tämänkään yhdistyksen tarkoituksena ei ole siten harjoittaa taloudellista toimintaa.[240]

Kiintoisimman tarkastelun kohteena tässä tutkimuksessa ovat luettelon 3) kohdan mukaiset järjestöt. Sellaisia on Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista rahoitettavassa järjestökentässä varsin runsaasti. Tyypillisiä esimerkkejä ovat lukuisat vanhustentaloyhdistykset, joiden toiminta on sinällään luonteeltaan taloudellista, mutta joiden toiminnan tarkoitus on aatteellinen. Paikalliset vanhustentaloyhdistykset ylläpitävät esimerkiksi palvelutaloja ja vanhainkoteja ikääntyneille ihmisille. Korvauksen toiminnasta ne saavat vuokrasopimuksen perusteella suoraan asukkailta ja tämän lisäksi kunta tai asukas taikka osaltaan molemmat maksavat korvauksen järjestön tuottamista muista palveluista. Toiminta on siis palvelujen vastikkeellista tuottamista. Tavoite on kuitenkin aatteellinen, eli vanhusten asumisolosuhteiden parantaminen.[241]

Kohdan 4) mukainen yhdistys, joka harjoittaa taloudellista toimintaa jäsentensä taloudellisten intressien edistämiseksi, ei ole yhdistyslain vaatimukset täyttävä yhdistys, joka voitaisiin merkitä yhdistysrekisteriin. Yhdistykset näyttävät eräissä tapauksissa erottaneen tällaisen toiminnan osan juridisesti yleishyödyllisen yhdistyksen toiminnasta.[242] Myös tässä yhteydessä on huomattava, että yhdistyksen rekisteröiminen ja sitä kautta oikeuskelpoisuus on arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan raha-automaattiavustuksen saamisen perusehtona.

Yhdistyslakia koskevaan hallituksen esitykseen (HE 64/1988 vp, s. 24) sisältyvän 5 §:n yksityiskohtaisten perustelujen mukaan yhdistyksen säännöistä on käytävä ilmi ne puitteet, joissa taloudellista toimintaa harjoitetaan. Yhdistykselle

---

[238] HE 64/1988 vp, s. 24.

[239] Hemström kutsuu näitä yhdistyksiä koti- tai käsiteollisuus yhdistyksiksi. Ks. *Hemström*, 1996, s. 18.

[240] Sosiaali- ja terveysjärjestöt Suomessa, Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yhteisyöyhdistys r.y., s. 4 ss.

[241] Ks. esimerkkinä Tampereen vanhustentaloyhdistys ry, jonka sääntöjen mukaisena toiminta-ajatuksena on ikääntyvien ihmisten tukena toimiminen sekä kokonaisvaltaisen palvelun ja parempien asumisolojen tuottaminen. Tampereen vanhustentaloyhdistyksen toimintakertomus 2001, s. 2.

[242] Esimerkiksi Lomaliitto r.y. tuottaa eräitä vapaa-ajan ja kokous- sekä kurssipalveluja tytäryhtiöidensä puitteissa. Ks. Sosiaali- ja terveysjärjestöt Suomessa, s. 41.

sallittavan taloudellisen toiminnan laatuun ja laajuuteen voivat vaikuttaa mm. yhdistyksen jäsenmäärä, yhdistyksen aatteellisen toiminnan laajuus verrattuna taloudelliseen toimintaan sekä yhdistyksen alueellinen ulottuvuus. Samoin vaikutusta voi olla sillä, miten puhtaasti yhdistys on aatteellinen. Esimerkiksi puoluejärjestöt, urheiluseurat ja ammattiyhdistykset voivat harjoittaa verrattain laajamittaista taloudellista toimintaa, koska ne ovat toiminta-ajatukseltaan kiistatta aatteellisia, usein myös jäsenmäärältään ja alueelliselta levinneisyydeltään laajoja. Niiden talous ei myöskään ole yksin liiketoiminnan varassa, vaan niillä on merkittäviä jäsentuloja sekä yksityisiltä ja julkisista varoista tulevia avustuksia.[243]

Järjestöjen harjoittamaa aatteellisen toiminnan tukitoimintaa, kuten esimerkiksi ravintola- ja kioskitoimintaa voidaan pitää yhdistyslain mukaisena toimintana, kunhan sen kohdentuminen ja laajuus täyttää edellä esitetyt vaatimukset. Tällaisella toiminnalla tuetaan aatteellista toimintaa.

Taloudellisen toiminnan määrittelyn kannalta lisäongelmia edellä mainittuun *Hemströmin* jäsentelyyn tuo se, että yhdistyslain 2 §:n 1 momentin lisävaatimuksena on myös ehto, jonka mukaan yhdistys on taloudellinen, jos sen ”*tarkoitus tai toiminnan laatu muuten on pääasiallisesti taloudellinen*”. Myös tämä yhdistyslain säännös on sisällöltään yhdenmukainen vuoden 1919 yhdistyslain kanssa. Oikeuslähdeopillisesti ongelman tuottaa se, ettei oikeuskäytäntöä juurikaan ole olemassa viime vuosikymmeniltä, joiden kuluessa yhdistysten toiminnan sisällössä on tapahtunut merkittäviä muutoksia.

Merikoski arvioi tämän päivän näkökulmasta edellä viimeksi todettua vaatimusta varsin tiukasti vuonna 1935 ilmestyneessä yhdistymisvapautta koskeneessa väitöskirjassaan.[244] Hän luonnehti yhdistyslain tarkoittamaa pääasiassa luonteeltaan taloudellista toimintaa siten, että se tarkoittanee lähinnä toimintaa, joka järjestelyynsä katsoen on taloudellista, toisin sanoen toimintaa, jota harjoitetaan taloudellisin keinoin, so. liikemiesmäisesti, ammattimaisesti. *Merikosken* mukaan sanottu ”toiminta” yksin tekee yhdistyksestä taloudellisen: yhdistys, jonka toiminta on ”pääasiassa taloudellista laatua”, on taloudellinen siinäkin tapauksessa, ettei sen tarkoituksena ole voiton tai muun välittömän edun hankkiminen

---

[243] HE 64/1988 vp, s. 24.

[244] *Merikoski*, 1935, s. 114–125.

Merikoski käsittelee yksityiskohtaisesti yhdistyksen taloudellista toimintaa. Erityisesti hän on arvioinut yhdistyslain säännöstä, jonka mukaan yhdistys on myös taloudellinen, jos sen toiminta on ”muuten pääasiallisesti taloudellista laatua”. Kun yhdistyslaki puhuu toiminnasta, joka on pääasiassa taloudellista laatua, tarkoittanee se lähinnä toimintaa, joka järjestelyynsä katsoen on taloudellista, toisin sanoen toimintaa, jota harjoitetaan taloudellisin keinoin, s.o. liikemäisesti, ammattimaisesti. Yhdistyslain 1 §:n 2 momentti näyttää edellyttävän, että sellaisen yhteenliittymän toiminta, joka tarkoittaa voiton tai muun välittömän taloudellisen ansion hankkimista siihen osallisille, on taloudellista laatua (huom. sana ”muuten”).

Ks. myös *Merikoski – Kurkela*, 1955, s. 17.

jäsenille. Tämän mukaan yhdistys, joka liikemiesmäisiä ja ammattimaisia menettelytapoja noudattaen ja kannattavuuslaskelmien varassa toimii filantrooppisten tarkoitusperien hyväksi, on taloudellinen. Sellainen olisi siis esim. yhdistys, joka tarkoittamattakaan hankkia jäsenilleen mitään muuta kuin hyvänteon tuottamaa tyydytystä, toimii halpojen, terveellisten asuntojen hankkimiseksi yhdistyksen ulkopuolella oleville, järjestäen kuitenkin toimintansa liikemiesmäisesti, esim. kantamalla kohtuullisen vuokran vuokralaisiltaan.[245]

Kaikissa tällaisissa tapauksissa on huomiota kiinnitettävä myös siihen, onko tarkoituksena voiton hankkiminen yhdistykselle: yhdistys on aina taloudellinen, jos se on perustettu voittoa tuottavaa toimintaa varten, mutta sen ei välttämättä tarvitse olla taloudellinen, jos sen toiminta tosin sattumalta voi tuottaa voittoa, mutta yhdistys jatkaisi toimintaansa, vaikka se tuottaisi tappiota. *Merikoski* huomauttaa, ettei taloudellisten ja aatteellisten yhdistysten välistä rajaa voida tällaisilla yleisillä säännöillä tarkasti määritellä.[246]

Yhdistysoikeuden asiantuntija *Halila* katsoo kuitenkin tämän päivän näkökulmasta, että Merikosken ajattelusta on aika jo ajanut ohi.[247] Myöskään yhdistysrekisterin käytäntö ei ole ollut aivan yhtenäinen aatteellisten ja taloudellisten yhdistysten rajanvetoa koskevissa kysymyksissä. Toisinaan on hyväksytty sellaisia sääntömääräyksiä, joissa aatteellinen toiminta on verrattain ohutta taloudellisen toiminnan laajuuteen nähden.[248] Rajanvetoa ilmentää myös korkeimman hallinto-oikeuden Iso Kirja ry:n sääntömuutosta koskeva ratkaisu (KHO 18.12.2002, taltio 3353).

> Yhdistysrekisteri vaati, että yhdistyksen harjoittama kustannustoiminta rajattaisiin yhdistyksen toimintaan läheisesti liittyvään materiaaliin ja että telttatai muun kaluston välittäminen koskisi vain yhdistyksen omaa toimintaa ja tapahtuisi omakustannushintaan. Yhdistys ei näin ollut ilman muutoksia toimintamuodoiltaan laaja-alainen eikä eronnut tyypiltään selvästi taloudellisista yhteenliittymistä.
>
> Korkein hallinto-oikeus hyväksyi yhdistyksen tekemän valituksen sen jälkeen kun yhdistys oli suostunut rajaamaan liiketoimintaa siten, että se tarkoitti vain koulutuksessa ja sanoman julistuksessa käytettävää painotuote- ja äänimateriaalia.[249]

Oikeuskirjallisuuden mukaan kyse on sen punninnasta, milloin taloudellinen puoli saa yhdistyksen toiminnassa ylivallan.[250] *Halilan* kanta on sikäli perusteltu, että myös yhdistyksiltä vaaditaan tänä päivänä rationaalista ja varainkäytön te-

---

[245] *Merikoski*, 1935, s. 114 ss.
[246] Ibid.
[247] *Halila*, haastattelu.
[248] *Halila – Tarasti*, 2006, s. 81.
[249] KHO 18.12.2002, taltio 3353.
[250] Ks. *Toiviainen*, 1982, s. 30.

hokkuutta painottavaa toimintaa, johon liittyy laskelmallisuus. Tämä sinällään ei uhkaa yhdistyksen aatteellisen toiminnan päämäärien toteutumista. Tähän tähtäävät myös Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan periaatteet, joilla järjestöjä ohjataan entistä päämäärätietoisempaan ja tavoitteellisempaan toimintaan. Tavoitteellisuuden lisäksi tulosten seurantaan, arviointiin ja raportointiin kiinnitetään erityistä huomiota. Järjestöjen toiminnan laatu sekä taloudenhoito ovat tärkeitä kehittämiskohteita.[251] Tätä nykyä yhdistyksille asetetut toiminnan rationaalisuusvaatimukset eivät voi yksin johtaa siihen, että yhdistys niihin pyrkiessään menettäisi aatteellisuuden tunnusmerkit, jolloin se luokiteltaisiin taloudelliseksi.

Aatteellinen yhdistys saa siis harjoittaa elinkeinoa ja ansiotoimintaa aatteellisen toiminnan tukemiseksi, kunhan yhdistys ei taloudellisen toiminnan kautta tule pääasiallisesti taloudelliseksi.[252] Arviointi tapahtuu tässäkin tilanteessa suhteellisuusperiaatteen mukaisesti, jolloin konkreettisessa tilanteessa tulee arvioinnissa ottaa huomioon yhdistyksen aatteellista tarkoitusta tukevat tekijät, kuten yhdistyksen aatteellisen toiminnan laajuus, yhdistyksen jäsenten lukumäärä ja alueellinen ulottuvuus sekä toisaalta taloudellista toimintaa merkitsevät tekijät, kuten sen sisällön liittyminen yhdistyksen aatteellisuuteen, toiminnan volyymit ja maatieteellinen laajuus. Edellä todetut tekijät ovat huonosti yhteismitallisia, joten arviointi on niiden perusteella kokonaisarviointia. Merkityksetöntä ei arvioinnissa ole myöskään se, että käytännössä on jo vuosikymmenet vakiintuneesti hyväksytty yhdistyksille toiminta, jossa taloudellisen toiminnan osuus on ollut merkittävä.

Yhdistyksen toiminnan aikana yhdistyksen varoja käytetään yhdistyksen tarkoituksen edistämiseen säännöissä määrättyjen toimintamuotojen mukaisesti. Yhdistyslaki ei sisällä mitään rajoituksia sen suhteen, miten paljon varoja tähän tarkoitukseen käytetään. Yhdistyksillä ei myöskään ole oman pääoman määrään liittyviä vaatimuksia.[253]

Yhdistyslain mukaan toiminnalla on oltava edellä ilmenneellä tavalla *aatteellinen* tarkoitus. Kuitenkin sosiaali- ja terveysjärjestöjen toimintaa kuvataan yleensä *yleishyödyllisyys*-käsitteellä. Tässä tutkimuksessa järjestötoiminnan piirteeksi on valittu yleishyödyllisyys siitä syystä, että yleishyödyllisyys liitetään

---

[251] Ks. RAY:n avustustoiminnan periaatteet ja suuntaviivat, s. 4 ss.

[252] Tässä tutkimuksessa ei tutkimusrajauksesta johtuen tarkastella erikseen säätiöiden tai ns. yleishyödyllisten osakeyhtiöiden toimintaa.

[253] Ks. *Airaksinen – Jauhiainen*, 2006, s. 500 ss. Kirjoittajat toteavat, ettei yhdistyksillä ei ole oman pääoman määrään liittyviä vaatimuksia. Periaatteessa on mahdollista, ja urheilutoimintaa harjoittavien yhdistysten osalta tavallistakin, että yhdistys käyttää varojaan tarkoituksen edistämiseen niin paljon, että yhdistys menee konkurssiin. On täysin epäselvää, voidaanko esimerkiksi yhdistyslain vahingonkorvaussäännöksiä soveltaa velkojien mahdollisten tappioiden kattamiseksi siinäkään tilanteessa, että konkurssi on aiheutettu tuottamuksellisesti.

käsitteenä sosiaali- ja terveysjärjestöihin jo niiden tehtävän sisällöstä johtuen. Vaatimus yleishyödyllisyydestä tulee tässä tutkimuksessa myös siitä, että useissa tapauksissa tarkastelun piiriin kuuluvat yhdistykset saavat avustusta Raha-automaattiyhdistyksen tuotosta, jonka saamisen edellytyksenä on arpajaislain mukaan yhteisön tai säätiön yleishyödyllisyys.

Ennen vuotta 2002 voimassa olleen arpajaislain (491/1965) 3 §:n 4 momentin mukaan voidaan lupa peliautomaattien käytettävänä pitämiseen ja pelikasinotoimintaan antaa tätä tarkoitusta varten perustetulle julkisoikeudelliselle yhdistykselle.[254] Lupa voitiin antaa varojen hankkimiseksi

1) yleisen kansanterveyden edistämiseen
2) lastensuojelun tukemiseen
3) aistiviallisten huoltamiseen
4) vanhusten huollon tukemiseen
5) invalidihuollon tukemiseen
6) nuorisokasvatuksen kehittämiseen
7) valmistautumiseen ihmishenkien suojelemiseen ja pelastamiseen suuronnettomuuksissa
8) kaikille avoimien lomanviettopaikkojen hankkimiseen ja ylläpitämiseen taikka tähän verrattavaan lomanviettomahdollisuuksien edistämiseen
9) raittiustyöhön ja päihdehuollon edistämiseen.

Yleishyödyllisyys oli siten määritelty erityisesti mainittujen sosiaalisten tehtävien edistämiseksi, tukemiseksi, kehittämiseksi sekä suojelemiseksi ja pelastamiseksi. Luettelo sisältyi edellä todettuun arpajaislain säännökseen. Samansisältöinen säännös sisältyi myös tuolloin voimassa olleen raha-automaattiasetuksen 29 §:ään, missä avustuksen jakamisesta varsinaisesti määrättiin.

Sosiaali- ja terveysjärjestöjen yleishyödyllisyys määräytyi nykyisen arpajaislain säätämisen yhteydessä vakiintuneen käytännön perusteella. Käytäntö oli muodostunut Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnassa aikaisemman lainsäädännön perusteella. Myöskään hallituksen esityksessä vuoden 2002 arpajaislaiksi (HE 197/1999 vp) ei ole perusteltu, mitä yleishyödyllisyydellä tarkoitetaan. Hallituksen esityksen yksityiskohtaisissa perusteluissa vain todetaan, että Raha-automaattiyhdistyksen ylläpitämien pelien tuotto käytettäisiin avustusten myöntämiseen oikeuskelpoisille yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille. Tämä tuli myös arpajaislain 22 §:n sisällöksi.[255]

Avustuksen käyttöä rajaa kuitenkin avustuksen myöntämiskohdetta koskeva rajaus. Uuden arpajaislain 17 §:n 2 momentin määritelmä ”terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin” edistäminen on aikaisempaa väljempi, sillä nyt luovuttiin ko-

---

[254] Konkreettisemmat säännöt avustuksen myöntämisestä sisältyivät Raha-automaattiasetukseen (676/1967).
[255] HE 197/1999 vp, s. 90.

konaan yksityiskohtaisesta luettelosta. Hallituksen edellä todetun esityksen mukaan avustusten käyttötarkoitusta ei ollut kuitenkaan tarkoitus muuttaa. Tarkoituksena oli korvata ja nykyaikaistaa sanamuodoltaankin vanhentunut toimialaluettelo.[256] Uudessa arpajaislaissa yleishyödyllisyydellä tarkoitettiin siten periaatteessa samaa kuin käytännössä oli tarkoitettu avustuskäytännössä aikaisemman lainsäädännön aikana.

Ehdotonta ja jyrkkälinjaista yleishyödyllisyyden vaatimusta tarkentaa arpajaislain kanssa samanaikaisesti voimaan tullut laki raha-automaattiavustuksista, jossa säädetään mm. avustuksen myöntämisen perusteista. Yleishyödyllisyyden sisältöä arvioitaessa on sen mukaan tarpeen huomioida myös avustuslain 4 §:n 1 momentin 1 kohta. Tarkoituksen, johon avustusta haetaan, tulee olla yhteiskunnallisesti hyväksyttävä.[257] Hallituksen esityksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaan yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä arvioitaessa tulee kuitenkin olla varsin varovainen silloin, kun kyseessä ei ole selkeästi lainvastainen toiminta tai hanke. Tarkoituksena ei ole estää avustuksen myöntämistä esimerkiksi vallitsevaa sosiaali- ja terveyspoliittista linjaa kritisoivaan toimintaan tai hankkeisiin.

Raha-automaattiavustuksia on perinteisesti myönnetty erityisesti uusia toimintamuotoja kehitteleviin ja innovatiivisiin hankkeisiin.[258] Myös tällaista toimintaa on avustuslain perusteella pidettävä yleishyödyllisenä. Sosiaali- ja terveysjärjestön toiminta tai sen yksittäinen projekti saattaisi tämän perusteella olla yksittäistapauksessa hyödytönkin. Raha-automaattiyhdistyksen avustuskäytännössä kysymys yhteiskuntavastaisuudesta ei ole aiheuttanut ongelmia.[259]

Tuloverolain (1535/1992) 22 § määrittelee vaatimukset yhteisöille, jotka katsotaan yleishyödyllisiksi. Lain 23 §:n mukaan tällainen yhteisö on verovelvollinen vain saamastaan elinkeinotulosta. Lisäksi se on verovelvollinen muuhun kuin yleiseen ja yleishyödylliseen tarkoitukseen käytetyn kiinteistön tai kiinteistön osan tulosta kunnalle ja seurakunnalle. Tuloverolain 22 §:n tarkoittamiin yhteisöihin sisältyy 2 momentin mukaan muiden muassa yhteisö (siis myös yhdistys), jonka varsinaisena tarkoituksena on sosiaalisen toiminnan harjoittaminen.

Vaikkakin tuloverolain merkityksessä yhdistyksen aatteellisuuden piirteet ovat lähellä yleishyödyllisyyden käsitettä, ne eivät ole täysin samoja. Ne mene-

---

[256] Ks. HE 75/2001 vp, s. 5.

[257] Suoraan kielletty on yhdistyslain 3 §:n mukaan yhdistys, joka on katsottava jäseniltä vaadittavan kuuliaisuuden ja joukkomuodostelmiin tai ryhmityksiin jakautumisen perusteella taikka aseellisen varustautumisen vuoksi kokonaan tai osittain sotilaalliseen tapaan järjestetyksi. Yhdistyslain 4 §:n mukaan luvanvaraisia ovat yhdistykset, joiden toimintaan kuuluu harjoittautuminen ampuma-aseiden käyttöön ja joka ei ole pelkästään metsästystä varten. Muita rajoitteita yhdistyslaki ei yhdistyksen perustamiselle aseta.

[258] HE 75/2001 vp, s. 9.

[259] Haastattelu *Paikkala*.

vät suurimmalta osaltaan päällekkäin, mutta ilmeisestikin käsitteiden laidoille jää sellaisia ilmiöitä, joita vain toinen käsitteistä peittää. *Kilpi* on päätynyt siihen, että tulkinnassa on vaikea noudattaa yhdistyslain mukaista yhdistyskäsitettä.[260] Siten myös aatteellinen yhdistys voi harjoittaa verotettavaa toimintaa.[261]

Yhdistyslain mukaista aatteellisuutta ei voi suoraan määritellä sen perusteella, miten yleishyödyllisyys ja siihen kytkeytyvä aatteellisuus on määritelty esimerkiksi Raha-automaattiyhdistyksen avustuskäytännössä tai verotuksessa. Onkin pidettävä ylivoimaisena tehtävänä pyrkiä määrittelemään yleishyödyllisyys siten, että se kaikissa säädöksissä olisi sisällöltään sama. Käsite määräytyy kunkin lainsäädännön säätelytarpeen mukaisesti. Esimerkiksi yhdistyslain tarkoittaman aatteellisuuden voidaan katsoa olevan myös sellaista, joka ei toteuta yleishyödyllisyyttä – aatteellisuus voi olla hyödytöntäkin. Yleishyödyllisyys ei aina edellytä yhdistyslain tarkoittamaa aatteellisuutta, vaikka tämä ehto täyttyykin raha-automaattiavustusta saavien sosiaali- ja terveysjärjestöjen osalta. Tämä johtuu arpajaislain 22 §:n 1 momentin vaatimuksesta, jonka mukaan avustuksen myöntämisen edellytyksenä on yhdistyksen oikeuskelpoisuus, ja siten aatteellisuus.

Avustuslain 22 §:n sisältämän yleishyödyllisyyden määrittelyssä voitaisiin soveltaa samoja periaatteita, jotka oikeuskäytännössä ovat vakiintuneesti olleet tuloverolain 22 §:n (ja aikaisemmin voimassa olleiden vastaavien säännösten) yleishyödyllisten yhteisöjen verovapauden edellytyksenä. Tämä ei tarkoita sitä, että samalla säännökset kiinnitettäisiin kiinteästi toisiinsa, kummastakaan suunnasta tarkasteluna. Tämä olisi omiaan poistamaan ainakin avustuslain ja tuloverolain soveltamisessa koettuja ristiriitoja. Yleishyödyllisyys tarkoittaisi sitä, ettei hyöty kohdistuisi vain tiettyjen henkilöiden ja ahtaiden henkilöpiirien hyväksi. Yleisyys ei kuitenkaan edellytä, että toimintapiirin tulisi olla täysin rajoittamaton, mutta välittömien etujen saajana ei kuitenkaan voisi olla harvalukuinen joukko. Hyödyllistä toiminta on silloin, kun toiminnan tarkoitus on hyödyllinen sekä yleisesti hyväksytty yleistä hyvää edistäväksi. Jonkin ryhmän etujen edistäminen ei saa merkitä jonkin toisen ryhmän etujen huomattavaa heikkenemistä. Raha-automaattiavustustakaan ei voida pitää yleishyödyllisenä silloin, jos se koituu yksinomaan taloudellisessa mielessä yleiseksi hyväksi.[262]

Yleishyödyllisyyden käsitteestä voidaan todeta, ettei sitä voida pitää kiinteänä ja jatkuvasti samana pysyvänä, vaan yhteiskunnan kehityksestä ja monista muis-

---

[260] *Kilpi*, 1974, s. 239. Kilven artikkeli perustuu ennen tuloverolakia voimassa olleeseen lainsäädäntöön, joka ei kuitenkaan tässä tarkasteltavana olevassa kysymyksessä poikkea nykyisen lain sisällöstä.

[261] *Myrsky* katsoo, että verotuksen kannalta yleishyödyllisyyden kriteereitä ei ole erityisen hedelmällistä ryhtyä kehittelemään pelkästään lain säännöksistä, vaan syytä on katsoa oikeuskäytännöstä, kuinka asia on. Oikeuskäytäntöä voidaan analysoida sekä arvioida kriittisesti. Ks. *Myrsky*, 2003, s. 43 ja ss., erityisesti s. 46 ss.

[262] Ks. verotusta koskevan oikeuskäytäntöön perustuva artikkeli, *Kilpi*, 1974, s. 225–230.

takin syistä ainaisen kehityksen alaisena. Tällaisesta *Kilpi* on maininnut esimerkkinä siirtymisen kansallisesta ajattelusta suuremmassa määrin yleismaailmalliseen katsomustapaan.[263] Saman voidaan todeta koskevan myös aatteellisuutta. Esimerkiksi tarve aikoinaan järjestöjen aatteelliselta arvopohjalta ylläpitämään toimintaan on saattanut hävitä siksi, että toiminnan tarkoituksena ollut tietty kansansairaus on käytännössä kokonaan hävinnyt, tai että kyseisen kansansairauden ehkäiseminen ja hoito on kokonaan siirretty viranomaisyksiköiden tehtäviksi.

Tässä tutkimuksessa mielenkiintoiseksi pohdintakysymykseksi nouseekin, mitä lainsäädännössä määritelty sosiaali- ja terveyspalvelun järjestämistä koskeva viranomaisvastuu ja toisaalta mahdollisuus palvelun markkinaehtoiseen järjestämiseen merkitsevät sosiaali- ja terveysjärjestöjen aatteellisuuden toteutumisessa.

[263] *Kilpi*, 1974, s. 230.

5 Jännitteiden hallinta

Käsillä olevan tutkimuksen tarkoittamassa tilanteessa perustuslain 13 §:n suojaama ja yhdistyslain konkretisoima yhdistymisvapaus ilmentyy tarkoituksena toimia yhdessä terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseksi. Yritystoiminnan taustalla on puolestaan perustuslain 18 §:n 1 momentin sisältämä elinkeinon ja ammatin harjoittamisen ja myös 15 §:n omistusoikeuden turvaa koskeva perusoikeus, vaikka ei puhuttaisikaan toimivista markkinoista perusoikeutena.[264] Myös sosiaali- ja terveysjärjestöjen aseman määrittelyn kannata keskeinen peruskysymys on, toteutuuko perustuslain 19 §:n 3 (ja eräissä tapauksissa myös 1) momentissa turvattu oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin, kun palvelujen järjestäminen tapahtuu hankintasäännösten määrittelemiä menettelytapoja noudattaen. Palvelujen järjestäminen saattaa liittyä myös elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuteen ainakin silloin, jos yhdelle taloudelliselle toimijalle annettaisiin yksinoikeus jonkin palvelun tuottamiseen. Tähän verrattava tilanne saattaa syntyä suorahankinnassa.

Suomen oikeusjärjestyksessä ylimmän lainsäädännön tason muodostavat valtiosäännön (perustuslain) mukaisessa järjestyksessä säädetyt perusoikeussäännökset. Asianmukaisesti valmistellun ja järjestyksessä säädetyn lain, tässä tapauksessa hankintalain, voitaisiin olettaa olevan perusoikeusjärjestelmän mukainen. Olisiko yhdistymisvapauden perusteella järjestäytyneillä yhdistyksillä jotain sellaista erityisyyttä, joka antaisi niiden osalta perusteen suorahankinnan tekemiseen? Miten siis ratkaistaan ristiriidat silloin, jos konkreettisessa soveltamistilanteessa samanaikaisesti esillä olevat lain säännökset, esimerkiksi yhdistyslaki ja hankintalaki antavat toisiinsa nähden ristikkäisiä oikeusohjeita? Perusoikeuksien toteutumisessa muodostuu selvästikin jännitteitä. Lisäksi huomioon tulee ottaa Suomen liittymissopimuksen yleisen velvoittavuuden perusteella yhteisön oikeuden ensisijaisuus, tässä yhteydessä erityisesti sen perustavaa laatua olevat vapausoikeudet ja niiden yhteydessä sovellettavat oikeusperiaatteet.

Edellä on yhteiskunnallisessa keskustelussa esille tuotujen kysymysten perusteella alustavasti hahmoteltu hankintalainsäädännön mukaisesti toteutettavien

---

[264] *Pöyhönen*, 2000, s. 83–84. Pöyhönen lukee maamme perusoikeusjärjestelmään myös *toimivat (vaihdanta)markkinat*, joita nykyinen Suomen perustuslaki ei ainakaan suoraan ilmaistuna tunne. Edellä todettu Pöyhösen näkökulma ei ole merkittävä tässä tutkimuksessa, sillä kansallisilla viranomaisilla on joka tapauksessa velvollisuus jäljempänä täsmennettävällä tavalla noudattaa yhteisön oikeutta ja kansallista elinkeinovapauden periaatteeseen perustuvaa lainsäädäntöä, jotka lähtökohtaisesti takaavat oikeussubjektien markkinoille pääsyn.

sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisen liittymiä perusoikeuksiin. Seuraavaksi pyritään löytämään tämän tutkimuksen käyttöön tulkintatapa, jolla lakiin sisältyvien säännösten välisiä jännitteitä ja selviä konflikteja voitaisiin ratkoa.

5.1 TULKINTAMETODIN JÄNNITTEET

5.1.1 EY:n oikeuden tulkinta ja perinteinen laintulkintaoppi

Euroopan yhteisön lainsäädännön tulkinnassa on suomalaista perinteistä lakisidonnaista laintulkintaoppia huomattavasti suurempi *teleologisuus*, *dynaamisuus* ja *muuttuvuus*, jotta Euroopan yhteisön taloudelliseen ja muuhun integraatioon sekä ihmisoikeussopimukseen liittyvät tavoitteet saavutettaisiin.[265] Yhteisön oikeuden velvoittavuutta ei voida ratkaista oikeuslähteiden kolmijaolla.[266] Yhteisön oikeuden perinteisen tulkinnan on todettu perustuvan tapaan, joka parhaiten edistää perustamissopimuksen sisämarkkina- ja kilpailutavoitteita. Käytännössä yhteisön oikeuden soveltamisen kannalta on pidettävä lähtökohtana sitä, että kansallista oikeutta tulisi yhteisön oikeuden kannalta relevanteissa tilanteissa tulkita ja soveltaa yhteisön oikeuden tehokasta toteutumista edistävällä tavalla.[267] Tällöin tulkintatilanteessa tuomioistuimen on valittava se ratkaisu, joka luontevimmin vastaa yhteisön oikeudessa asetettuja tavoitteita. Suomalaisen tuomarin tai muun lainsoveltajan tehtäväksi jää kansallisen laintulkinnan yhteensovittaminen toistaiseksi vielä heikosti vakiintuneeseen eurooppalaiseen tulkintakehykseen.[268] Tyypillistä tuomioistuimelle on esimerkiksi perustamissopimuksen tavaroiden liikkuvuuden määrällisiä rajoituksia koskevissa ennakkoratkaisukysymyksissä, että se tutkii valtioiden tai yksilöiden toimenpiteiden tosiasiallisen yhteiskunnallisen (*socioeconomical*) vaikutuksen ja arvioi sitä erityisesti integraatiotavoitteen toteutumisen kannalta – sellaisena kuin tuomioistuin sen näkee.[269]

---

[265] Vrt. *Siltala*, 2003, s. 294.
[266] Näin mm. *Klami*, 1998, s. 997.
[267] Ks. asia C-14/83, *von Colson*, k. 14 ja 15.
[268] Näin *Siltala*, 2003, s. 295. Suomalaiselta tuomarilta ja muulta lainsoveltajalta vaaditaankin kahdenlaista ”lukutekniikkaa” Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen oikeuslähdeopillisen tai oikeussysteemisen painoarvon määrittämiseksi. Lainsoveltajan olisi kyettävä päättelemään, mikä eurooppaoikeudellisessa tuomioistuinratkaisussa on yleisesti velvoittava oikeusohje. Toisaalta hänen on kyettävä arvioimaan sanotun, tapauksen tosiseikastosta erotetun yleisen oikeusohjeen oikeuslähdeopillinen ratkaisuarvo eli se, minkä tasoisen kansallisen säädöksen tai päätöksen se kykenee onnistuneesti sivuuttamaan tuomarin ratkaisuharkinnassa. Ks. *Siltala*, 2003, s. 292.
[269] *Klami*, 1997, s. 32. Ks. lähemmin *Collings*, 1990, s. 131 ss. Klamin mukaan yhteisöjen tuomioistuimen tulkintakäytäntö muodostaa *sui generis* -tyyppistä normistoa. *Klami*, 1998, s. 997.

Kysymys yhteisön oikeuden valtionsisäisistä vaikutustavoista ei rajoitu sen ensisijaisuuteen ja välittömiin oikeusvaikutuksiin. Kansallisten tuomioistuinten on jo aikaisemmin todetun mukaisesti tehtävä kaikki mahdollinen yhteisön oikeuden tehokkuuden turvaamiseksi tarvittaessa jopa oman toimivaltansa ylittäen. Kansallisten tuomioistuinten velvollisuus on tulkita kansallista oikeutta yhteisön oikeuden ja päämäärien mukaisesti sekä olla tarvittaessa yhteistyössä yhteisöjen tuomioistuimen kanssa.[270] Konfliktitilanteessa huomioon on otettava sekä yhteisön oikeuden hierarkkinen asema että kyseiseen oikeuteen sisältyvän normin sopivuus ratkaistavana olevan tapauksen tosiseikastoon.[271]

EU-oikeuden soveltamiselle – kuten yleensä eurooppaoikeudelle – on ominaista periaatteiden keskeinen merkitys. Tämä on siirtänyt oikeudellisen päätöksenteon luonnetta ja sisältöä tiukan sääntöhakuisesta ja muodollisesta päätöksenteosta rakenteellisesti avoimempaan, monipuolisempaan ja ei-muodollisempaan suuntaan.[272]

Tulkintavaikutusta EY:n oikeudessa ei ole vain kirjoitetulla yhteisön oikeudella, vaan myös yhteisön oikeusjärjestyksen kannalta keskeisillä, mutta silti pitkälti kirjoittamattomilla yhteisön oikeuden yleisillä oikeusperiaatteilla. Oikeutta on tulkittava yhteensopivasti myös yhteisön oikeuteen sisältyvien perusoikeuksien kanssa. Tulkintavaikutusta ei ole siten ainoastaan oikeudellisesti sitovilla yhteisön oikeuden lähteillä, vaan jäsenvaltioiden tuomioistuinten on tukeuduttava myös yhteisön toimielinten perustamissopimuksen 189 artiklan 2 kohdan nojalla antamiin suosituksiin, lausuntoihin sekä muuhunkin *soft-law*-tyyppiseen EY-normistoon kansallisen oikeuden tulkinnan perusteena. Tulkintavaikutuksen myötä sinänsä oikeudellisesti sitomattomat julistukset ja suositukset voivat vaikuttaa oikeusjutun faktoihin sovellettavan konkreettisen oikeusnormin muodostumiseen ja siten saada välillisesti oikeudellista merkitystä tuomioistuinten päätöksenteossa.[273]

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen rooli yhteisön oikeuden luovana kehittäjänä ja sen määrittämän alueen laajentajana on ollut perustavanlaatuinen. Esimerkiksi opit yhteisön oikeuden etusijasta ja yhteisön oikeuden välittävästä vaikutuksesta ovat yhteisön tuomioistuimen luomuksia.[274] Useimmat yhteisön oikeuden oikeusperiaatteista ovat muotoutuneet yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä.[275] Ennakkoratkaisut muodostavat kansallisen oikeuden tulkin-

---

[270] Asia C-106/77, *Simmenthal*, k. 14 ja 16.
[271] *Klami*, 1997, s. 26 ss.
[272] *Ojanen*, 2006, s. 267.
[273] *Ojanen*, 1999, s. 229 ss.
[274] *Viljanen*, 2003, s. 1180.
[275] Yhteisöjen tuomioistuimen voidaan katsoa tuottavan ainakin lähestulkoon ”todellisia”, yleisesti noudatettavia oikeusnormeja. Vallankäytön perustaminen sellaisen orgaanin omiin ratkaisuihin, joka ei ole selkeästi saanut legitimaatiotaan vallankäytön kohteiden perusjoukolta, jäsenvaltioiden

nalle merkittävän perustan. Kansallisen tuomioistuimen tehtävänä on perustamissopimuksen 234 artiklan tehtävänjaon mukaan soveltaa sen käsiteltäväksi saatetussa asiassa yhteisön oikeussääntöjä sellaisina kuin yhteisöjen tuomioistuin on niitä tulkinnut.[276]

Tulkintaongelmia aiheuttaa kansallisen oikeuden ja toisaalta Euroopan yhteisön oikeuden erilainen kehitysdynamiikka. Yhteisön oikeuden voidaan todeta olevan hyvin tavoiteorientoitunut perinteisiin kansallisiin oikeusjärjestyksiin verrattuna johtuen pyrkimyksestä integraation edistämiseen. Euroopan oikeudelle tyypillisestä teleologisesta tulkintaperinteestä ja kilpailuoikeuden käsitteiden avoimuudesta ja joustavuudesta johtuen kilpailuoikeuden normit ovat olleet jatkuvan sisällöllisen kehityksen kohteena. Kilpailuoikeudessa oikeustieteellisiä käsitteitä tulkitaan dynaamisesti suhteessa sääntelyn kohteena oleviin taloudellisiin ilmiöihin.[277] Kilpailuoikeutta tulee tulkita eurooppaoikeuden tavoin pitäen silmällä sen tavoitteita ja oikeudenalalle tyypillisiä taloudellisia käsitteitä, joita yhteisöjen tuomioistuimen ja kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntö ovat pyrkineet selkeyttämään. Perinteinen lain sanamuotoon perustuva tulkinta ei riitä. Kilpailumyönteisen tulkinnan taustana voidaan viitata näkemyksiin kilpailulainsäädännöstä ”markkinoiden perustuslakina” ja toimivaan kilpailuun perusoikeuden suuntaisena ilmiönä.[278]

Oikeuslähdeopin kannalta kilpailuoikeus eroaa muista oikeudenaloista mm. siinä, ettei esitöitä korostava oikeuslähdeoppi vastaa riittävästi kyseisen oikeudenalan ominaispiirteitä. Kilpailuoikeudessa ei ole kysymys reaaliargumentoinnista tai argumentoinnista oikeudenalalle ulkoisen aineiston perusteella, vaan sen oman peruskäsitteistön hyödyntämisestä.[279] EY:n oikeus on valtaosiltaan kilpailuoikeutta, jonka tulkintaperiaatteen mukaan järjestelylle annettu juridinen

---

kansalaisilta, on hankalasti sovitettavissa yhteen länsimaisen demokratian vaatimusten kanssa. *Tähti*, s. 443.

[276] Esimerkiksi asia C-56/01, *Inizan*, k. 32 ja asia C-29/68, *Milchkontor,* k. 2. Ennakkopäätökset ovat yhteisön oikeudessa oikeuslähteitä mannereurooppalaisen tradition mukaisesti. Siten yhteisöjen tuomioistuin ei *sensu stricto* ole sidoksissa aikaisempiin ratkaisuihinsa, vaan voi kehittää oikeusjärjestelmää joustavasti. Käytännössä tuomioistuin toimii pitkälti eri kysymyksissä aikanaan tekemiensä linjaratkaisujen mukaisesti. Ks. *Joutsamo ym.*, s. 94 ja s. 280 ss.

[277] Vrt. *Makkonen* 1998, s. 30–44. Makkonen puhuu staattisuudesta ja ei-staattisuudesta (dynaamisuudesta) siinä yhteydessä, kun hän käsittelee oikeudellisen ajattelun kehittymistä eri aikakausina, esim. luonnonoikeudellisen tai käsitelainopillisen suuntauksen vallitessa.

[278] *Hemmo*, 2006, s. 1144. Hemmo käyttää Kuoppamäen termiä ”markkinatalouden perustuslaki”. Tätä tutkimusta ei rakenneta *Pöyhösen* idean varaan, jossa toimivia markkinoita tulisi pitää kirjoittamattomana perusoikeutena, koska elinkeinonvapaus yhdessä omistusoikeuden turvan ja sopimusvapauden kanssa muodostaa sellaisenaan perustan markkinataloudelle. Ks. *Pöyhönen*, 2000, s. 82 ss.

[279] Ks. *Kuoppamäki*, 2003, s. 24–27. Kuoppamäki on vuonna 2003 valmistuneessa ”magnumväitöskirjassaan” päätynyt ilmeisen perustellusti siihen, että hän on kytkenyt tutkimukseen laajasti taloustieteen toisistaan jossain määrin poikkeavat teoriat.

muoto ei ole ratkaiseva, vaan säännösten tunnusmerkistön täyttymistä tulee arvioida järjestelyn tosiasiallisen tarkoituksen ja markkinoilla ilmenevien vaikutusten perusteella.[280] Kilpailuoikeudessa suositut avoimet määritelmät ja yleislausekkeet asettavat erityisen vastuun kilpailuviranomaisille ja tuomioistuimille, jotta oikeusvarmuuden vaatimus täytetään. Määritelmien konkreettinen sisältö avautuu vasta soveltamiskäytännön kautta.[281] Yhteisöjen tuomioistuinratkaisuilla on merkittävä painoarvo.[282]

Kilpailusäännösten soveltaminen edellyttää monessa tapauksessa myös taloudellisen käsitteistön tuntemusta, eli kyseisellä oikeudenalalla on läheinen yhtymäkohta taloustieteeseen.[283] Esimerkiksi relevanttien markkinoiden määrittelyssä kyse on aina taloudellisten tosiasioiden arvioinnista. Relevanttien markkinoiden määrittely on kanonisoitu oikeudelliseksi käsitteeksi kansallisesti kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentissa. Taloustieteen avulla avautuva kilpailun mekanismi on näin kytketty oikeuden normatiiviseen sisältöön.

Lain tulkinnassa ei pidä ottaa huomioon vain yhtä tapausta kerrallaan, vaan myös lain soveltamisen dynaaminen ulottuvuus eli se, miten tulkinta voi vaikuttaa käyttäytymiseen markkinoilla. Myöskään vain tehokkuuspainotteinen tulkintatapa, jossa tulkintasuositus annetaan taloustieteestä käsin, ei ole aina perusteltu. Kuluttajahyötyperiaatteen mukaan kohtuullisen osan tehokkuushyödystä tulee päätyä kuluttajalle. Tällöin tarkastelua ei ankkuroida millään tavoin tehokkuuspäämäärään, vaan ainoastaan analysoidaan sitä, millä edellytyksillä tehokkuusedusta kohtuullinen osa voi päätyä kuluttajille.[284]

Myös hankintadirektiivien tavoitteiden mukaisesta tulkinnasta poikkeamisen tulee perustua ankaraan laintulkintaan, jossa näyttövelvollisuus todellisten poikkeusperusteiden olemassa olosta on sillä, joka väittää niiden olevan olemassa.[285] Hankintadirektiivien säännöksiä, joissa sallitaan poikkeus niistä säännöistä, joiden tarkoituksena on taata perustamissopimuksessa myönnettyjen oikeuksien tehokkuus julkisten hankintojen alalla, on tulkittava suppeasti.[286]

5.1.2 EY-oikeuden hyväksyttävyyttä koskeva jännite

Perinteisessä oikeudellisessa ajattelussa oikeusjärjestys ymmärretään usein ainakin teoriassa ristiriidattomana kokonaisuutena, joka on kasvanut suhteellisen

---

[280] Timonen on oikeustaloustieteellisessä väitöstutkimuksessaan käsitellyt taloustieteen ja oikeustieteen yhteensovittamista. Ks. *Timonen*, 1997, s. 36 ja 106.
[281] *Kuoppamäki*, 2003, s. 10.
[282] Ks. kilpailuoikeuden metodista *Kuoppamäki*, 2003, s. 10.
[283] Ks. *Kuoppamäki*, 2003, s. 10. Oikeustieteen ja taloustieteen yhdistämisestä *Timonen*, 1996, s. 137–140 ja *Timonen*, 1997, s. 31 ss.
[284] Ks. *Määttä*, 2006, s. 57 ja 61.
[285] Esim. asia C-328/92, *komissio vs. Espanja*, k. 15 ja 16.
[286] Asia C-57/94, *komissio vs. Italia*, k. 23.

yhdenmukaiselle arvoperustalle. Ne arvoristiriidat, joita konkreetin oikeusaineiston taustalla välttämättä on jo siitäkin syystä, että tämä aineisto on peräisin eri aikakausilta ja ilmaisee erilaisten intressien välisiä kompromisseja, työnnetään taka-alalle, ja aineiston perusteella luodun systeemin väitetään perustuvan yleisesti hyväksyttyihin oikeudellisiin arvoihin.[287]

Oikeusnormien hyväksyttävyyttä painottavissa oikeusteorioissa oikeusnormit ovat päteviä yksilön hyväksyessä normit itseään sitoviksi. *Aarnio* rakentaa käsityksensä oikeuden voimassaolosta rationaaliselle hyväksyttävyydelle. Yhteiskunnallisessa katsannossa parhaiten puolustettava on sellainen ratkaisu, jonka mahdollisimman moni rationaalisesti asiaa harkitseva yhteiskunnan jäsen voisi oman arvojärjestelmänsä pohjalta hyväksyä.[288] Ratkaisun perusteltavuutta ja vakuuttavuutta on lähestytty oikeuskirjallisuudessa *Habermasin* diskurssiteoriaan tukeutuen.[289]

Euroopan yhteisön oikeuden luonteesta itsenäisenä oikeusjärjestyksenä sekä sen ensisijaisuudesta ja välittömästä soveltamisesta johtuu, että yhteisön oikeuden säännökset ovat nyt osa velvoittavaa kansallista oikeutta. Liittymissopimuksella silloinen yhteisön oikeus hyväksyttiin sellaisenaan ilman todellista parlamentaarista mahdollisuutta vaikuttaa sen sisältöön. Yhteisön oikeuden etusija ja välittömän oikeusvaikutuksen perusta on luotu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Lisäksi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö on muovannut useimmat kansallisesti velvoittavat yhteisön oikeuden johtavat periaatteet. Yhteisön oikeuden velvoittavuus on muodostunut ilman niitä totuttuja demokraattisia prosesseja, joihin kansallinen oikeusjärjestys perustuu.[290] Parlamentarismin vaje ilmenee mm. kansalaisten osallistumisen puutteena lainsäädännön valmisteluun, sekä vieraantumisena unionin ylikompleksisesta hallinnosta, joka perustuu vaaleilla valitsemattomiin instituutioihin. Instituutiot koetaan kaukaisiksi ja mahdottomiksi lähestyä.[291]

Yhteisön oikeuden velvoitteet – tässä tutkimuksessa erityisesti esille nostettuna julkisia hankintoja koskeva direktiivi – saatetaan kokea tarpeettomana puuttumisena kansalliseen päätösvaltaan. Hankintadirektiivin velvoitteet ovat vaikeasti hyväksyttävissä, vaikka direktiivi sinänsä on aikaansaatu noudattaen hyväksyttyjä menettelytapoja. Hyväksymisvaikeuksia aiheuttaa yhteisön tason puuttumi-

---

[287] *Wilhelmsson*, 1997a, s. 344.
[288] *Aarnio* 1986, s. 86.
[289] Habermasin teorian kuvaus ja analysointi, *Alexy*, 1989, s. 101 ss.
[290] Ks. myös *Ojanen*, 2006, s. 266 ss., Euroopan unionin jäsenyyden vaikutukset suomalaiseen oikeuskulttuuriin.
[291] Ks. *Shaw*, s. 237 ss.

nen kansalliseen sosiaalipoliittista järjestelmää koskevaan päätöksentekoon.[292] Kysymys ei ehkä olekaan välttämättä vain Euroopan yhteisön oikeuden erilaisesta lukutekniikasta, vaan jostain syvemmästä ongelmasta.

Hyväksyttävyysongelman syyn voidaan katsoa olevan siinä, että näihin päiviin saakka EU-oikeuden perusperiaatteet ovat rakentuneet ns. sisämarkkinavapauksien (esimerkiksi tavaroiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden) ja niihin ankkuroituvien taloudellisten näkökohtien varaan. Tämä koskee erityisesti perusperiaatteiden koettua ristiriitaa suhteessa kansallisiin sosiaalisiin perusoikeuksiin. Ongelmaa ei ole niin kauan kuin kysymys on vain taloudellis-teknisistä asioista.[293] Ongelmat on kuitenkin voitava ratkaista tavalla tai toisella tilanteessa, jossa kansallisen sosiaalisen perusoikeuden toteutuminen liittyy edellä todettuihin perusperiaatteisiin. Ristiriidan ratkaisemisen yleisenä lähtökohtana on EU-oikeusmyönteisen tulkintametodin käyttö, vaikka tätä ratkaisutapaa ei aina koetakaan oikeana.

Euroopan yhteisön oikeuden hyväksyttävyyden vaikeutta voidaan pyrkiä ymmärtämään tutustumalla lyhyesti *Tuorin* teoriaan *kriittisestä oikeuspositivismista*.[294] *Tuori* liittää oikeuden legitiimisyyskeskustelun oikeuden tasojen tarkasteluun. Oikeus on muutakin kuin lakikirjasta luettavia säädöksiä tai oikeustapauskokoelmista löydettäviä tuomioistuinratkaisuja. Siihen kuuluu myös syvempiä kerrostumia, jotka luovat edellytyksiä, mutta samalla asettavat rajoituksia pintatason aineistolle. Vahvassa merkityksessään empiirinen legitiimisyys tarkoittaa nimenomaan moraali- ja arvoperusteista hyväksyntää. Heikossa merkityksessään oikeusnormien empiirinen legitiimisyys edellyttää vain valmiutta noudattaa normeja siitä riippumatta, mihin tällainen valmius perustuu.[295]

Oikeuden pinnanalaisia tasoja *Tuori* kutsuu *oikeuskulttuuriksi* ja *oikeuden syvärakenteeksi.* Oikeuden pinnalla muutos on jatkuvaa, päivittäistä. Pintatasolla oikeus on aina vain väliaikainen tilinpäätös keskustelusta, jossa puheenvuoroja käyttävät niin lainsäätäjä, tuomarit kuin oikeustieteilijätkin. Oikeuden pintataso koostuu *Tuorin* mukaan siten lainsäädännöstä, tuomioistuinratkaisuista ja, *Kelsenin* käsityksestä poiketen, myös oikeustieteen tuloksista.

---

[292] Tämä ilmenee tämän tutkimuksen yhteydessä esille tuoduista intressiryhmien kannanotoista.

Ks. myös SuVL 2/2004 vp – U 31/2004 vp, Lausunto. Sen mukaan palveludirektiiviehdotus (Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla) ei saa vaikuttaa jäsenvaltioiden oikeuteen ja mahdollisuuksiin itse päättää yleishyödyllisten palvelujen, kuten koulutus-, sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämis- ja rahoittamistavoista. Myös näiden palvelujen valvonnan tulee kaikissa tapauksissa tapahtua kohdemaan toimesta.

Ks. *Aarnio*, 1989, s. 91.

[293] *Ojanen*, 2006.

[294] Teoriallaan *Tuori* muotoilee ja perustelee vaihtoehdon *Kelsenin* ja *Hartin* edustamalle traditionaaliselle oikeuspositivismille. Ks. *Tuori*, 2000, s. 5 ss.

[295] Ks. *Tuori*, 2000, s. 261.

Oikeuskulttuuri on keskimmäinen, välittävä kerrostuma, joka muuttuu pintatason liikettä verkkaisemmin. Oikeuskulttuurin metodista ainesosaa edustavat oikeuslähdeoppiin kuuluvat metanormit, standardit, joita noudatetaan normien (sääntöjen) välisiä ristiriitoja ratkottaessa ja epäselviä normiformulaatioita tulkittaessa, sekä oikeudellisessa päätöksenteossa ja oikeustieteessä noudatettavat argumentaatiomallit. Eri oikeudenalojen yleiset opit puolestaan yhdistävät oikeuskulttuurin käsitteellisiä ja normatiivisia ainesosia, toisin sanoen oikeuskäsitteitä ja oikeusperiaatteita. Syvärakenne on oikeuden vakain kerrostuma, mutta sekin on altis muutoksille. Perustavat muutokset syvärakenteessa erottavat oikeuden pitkän aikavälin kehityksessä historiallisia oikeustyyppejä.[296] Oikeuden tasoilla on toisistaan poikkeava asema, paitsi ajallisessa, myös alueellisessa koordinaatistossa. Pintatasoltaan oikeusjärjestykset erottuvat toisistaan yleensä kansallisvaltioiden rajojen mukaisesti. Oikeuskulttuurien vaikutusalue on jo laajempi, ja syvärakenne puolestaan yhdistää kaikkia modernia oikeutta edustavia oikeuskulttuureja kuten angloamerikkalaista ja Manner-Euroopan romaanis-germaanisia oikeuskulttuureja.[297]

Tuorin kriittisen oikeuspositivismin tasorakenne antaa mahdollisuuden ymmärtää niitä ongelmia, jotka ilmenevät Euroopan yhteisön oikeuden hyväksyttävyydessä. Euroopan yhteisön oikeus jakaa Euroopan unionin hallinnollisessa rakenteessa ilmenevän hajanaisuuden ja polymorfian.[298] Modernin oikeuden keskeisiin periaatteisiin ja samalla myös tärkeimpiin saavutuksiin kuuluvat oikeusvarmuus, oikeudellisten ratkaisujen ennakoitavuus sekä tähän läheisesti liittyvä muodollinen yhdenvertaisuus ja oikeudenmukaisuus. Näiden periaatteiden tärkeimpiä takeita on puolestaan oikeuden systemaattisuus ja yhtenäisyys.[299]

Tuori näkee näin ”vieteriukko-ilmiön” taustan, eli yhteisön oikeuden kansallisen oikeuden soveltamistilanteessa aiheuttaman epävarmuuden, johtuvan pikemminkin yhteisön oikeuden pinnanalaisten tasojen kehittymättömyydestä kuin Euroopan yhteisön institutionaalisten rakenteiden hajanaisuudesta. EY-oikeus uhmaa jaotteluja, joiden avulla on totuttu jäsentämään kansallista oikeusjärjestystä, kuten kansainvälisen ja kansallisen oikeuden, julkis- ja yksityisoikeuden tai aineellisen ja menettelyllisen (prosessi-)oikeuden välisiä eroja. Käytettävissä ei vielä ole uutta käsitteistöä, jonka avulla olisi mahdollista saattaa EY-oikeus

---

[296] Ks. *Tuori*, 2000, s. 212 ss.

[297] Ibid. Vastaavasti Husan mukaan yleiset opit sijaitsevat tietyssä mielessä oikeuden metatasolla. Ne ovat yleisiä ja laaja-alaisia, ja niillä voidaan nähdä samankaltaisia yleisjuridisia funktioita. Näistä tärkeimmät liittyvät tulkintojen systemaattisuuden varmistamiseen ja oikeuden (sekä oikeudenalojen että koko oikeusjärjestelmän) koherenssin edistämiseen. Ks. *Husa*, 2007, s. 183.

[298] *Tuori*, 2000, s. 225–229. Karhu kuvaa samaa kysymystä oikeuslähteiden polysentriana. Sen mukaan meillä ei enää olisikaan yhtä yhtenäistä oikeuslähdeoppia vaan monia erilaisia oikeuslähdeoppeja siitä riippuen, kenen kannalta asia tarkastellaan. *Karhu*, 2003, s. 806.

[299] *Tuori*, 1998, s. 1009 ss.

systemaattiseen asuun ja näin lisätä sen soveltamisen ennakoitavuutta. EY-oikeuden soveltamisessa ei voida vielä tukeutua vakiintuneisiin sisällöllisiin oikeusperiaatteisiin.[300]

Euroopan integraatio on ollut alun perin taloudellista laatua, jossa yhteisöön kuuluvat jäsenmaat muodostavat yhteisen markkina-alueen ilman sisäisiä rajoja. Varsinaisesti vasta viime vuosikymmenellä on yhteisössä käyty keskustelua siitä, millä tavoin myös perinteisesti kansallisesti päätetyt sosiaalipoliittiset kysymykset voisivat kuulua yhteisön toimivaltaan.[301] Edellä oleva systemaattisuuden puute tulee vielä ilmeisemmäksi tätä taustaa vasten. Esimerkkinä yhteisen ”puhekielen” puuttumisesta voidaan todeta jo sosiaaliturvajärjestelmään liittyvän yhteisen käsitteistön puuttuminen. Komissio on viime vuosina ollut aloitteellinen yhteisen käsityksen luomisessa.[302]

Kansalliseen sosiaalipoliittiseen järjestelmään sisältyvien palvelujen kuuluminen jollain tavalla yhteisön oikeuden vaikutuspiiriin on varsin äskettäin esille tullut asia. Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö on ollut voimassa jo 1990-luvun ensimmäiseltä puoliskolta, mutta todellisuudessa lainsäädännön soveltaminen sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin alkoi vähitellen vasta vuosikymmenen lopulla.[303]

5.2 PERUSOIKEUDET LAIN SÄÄTÄMISESSÄ JA SOVELTAMISESSA

5.2.1 Perusoikeus kansallisessa ja EY:n oikeudessa

Perustuslain (731/1999) perusoikeuksia koskevan luvun 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Julkinen valta merkitsee ihmisellä olevaa toimivaltaa antaa toisen ihmisen oikeuspiiriä koskevia määräyksiä, pakottaa tämän käyttäytymään tietyllä tavalla taikka antaa käyttäytymissääntöjä (normeja), joilla on toisiin ulottuva oikeudellinen vaikutus.[304] Säädännäisessä oikeudessa ei ole voitu yksiselitteisesti määritellä julkisen

---

[300] *Tuori*, 1998, s. 1006.

[301] Ks. Euroopan integraatiosta *Joutsamo ym.*, s. 1–16 ja *Saari*, s. 93 ss.

[302] Komissio, Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 3 ja 7.

[303] *Pekkalan* haastattelu. Sosiaali- ja terveysministeriön lausunto 16.11.1992, s. 1 ja 2. Direktiivin soveltamisalan rajaukset huomioon ottaen ei pystytty arvioimaan, kuinka suuri merkitys direktiivillä on sosiaali- ja terveyspalveluiden hankinnoissa. ”Sosiaalipalveluissa käytännön tilanteita, joissa direktiiviä sovellettaisiin palvelujen hankintaan, lienee harvoin.”

[304] Ks. julkisesta vallasta ja sen käytöstä *Holopainen*, 1969, s. 33 ja s. 66–84. Holopainen on pitänyt tarkoituksenmukaisena selvittää julkisen vallan käsitettä toimintojen funktioista käsin: abstraktien normien antamisesta (lainsäädäntö), sen ratkaisemisesta, onko tietty käyttäytyminen ollut

vallan sisältöä, vaikka käsitettä käytetäänkin useissa eri yhteyksissä.[305] Perustuslain 2 §:n 3 momentissa, samoin kuin 119 ja 124 §:ssä, julkisen vallan käsitettä käytetään toimintakäsitteenä eli kuvaamaan tietyntyyppistä toimintaa, kun taas perusoikeuksia käsittelevässä 2 luvussa tuota käsitettä käytetään subjektikäsitteenä osoittamaan niitä tahoja, joita perusoikeussäännökset velvoittavat.[306]

Perustuslain 19 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava, siten kuin lailla tarkemmin säädetään, perusoikeuksina mm. oikeus sosiaaliturvaan eli myös riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin. Julkisen vallan täsmällinen sisältö Suomessa vaihtelee perusoikeuksittain, kuten perustuslakivaliokunta totesi perusoikeusuudistusta koskevassa mietinnössään (PeVM 25/1994 vp, s. 3). Valtio sekä kunnat ja kuntayhtymät virkamiehineen ja päätöksentekoelimineen ovat keskeisimmät velvoitetuksi tulevat tahot. Esimerkiksi taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia (TSS-oikeuksia) koskevat säännökset voivat ulottua tämän ydinryhmän ulkopuolelle vain sikäli kuin tällaisiin oikeuksiin liittyviä tehtäviä on asianmukaisessa järjestyksessä annettu muille yksiköille.[307]

Perusoikeuden käsitteen yleisin määritelmä on perustunut seuraavaan muodolliseen määritelmään: perusoikeus on valtion perustuslaissa, kuten esimerkiksi Suomen perustuslaissa, taattu yksilön oikeus. Perusoikeuksien muodollista määritelmää on usein täydennetty aineellisilla kriteereillä, jotka korostavat perusoikeuksien luonnetta perustavanlaatuisia oikeuksia turvaavina oikeuksina tai jotka muutoin tavalla tai toisella viestivät perusoikeuksien erityisasemasta (oikeudellisesti määriteltyjen) oikeuksien joukossa.[308]

Perusoikeuksien kansainvälisoikeudellinen vastine muodostuu ihmisoikeuksista. Ihmisoikeudet ovat alueellisessa tai yleismaailmallisissa kansainvälisoikeudellisissa sopimuksissa eli ns. ihmisoikeussopimuksissa tunnustettuja oikeuksia. Perinteisin ja yleisin perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien ryhmittely on niiden jakaminen *kansalaisoikeuksiin ja poliittisiin* oikeuksiin (ns. KP-oikeudet) ja toisaalta *taloudellisiin*, *sosiaalisiin ja sivistyksellisiin* oikeuksiin (ns. TSS-oikeudet). Kansalaisoikeuksissa ja poliittisissa oikeuksissa on kysymys sellaisista oikeuksista kuin oikeus elämään, kidutuksen kielto, yksityiselämän ja kotirau-

---

näiden normien mukaista (lainkäyttö), sekä muiden konkreettisten toimenpiteiden suorittamisesta oikeusjärjestyksen edellyttämällä tavalla (hallinto).

[305] Julkisesta vallasta ja sen käytöstä *Mäenpää*, 2003, s. 15 ja 121–122.

[306] *Heuru*, 2002, s. 153 ss. Heuru selventää, että julkinen valta on aidoimmillaan yksipuolisesti velvoittavaa. Voimme puhua velvoittavasta julkisesta vallasta. Tämän lisäksi se voi olla myös palvelevaa ja suojelevaa, mutta silloinkin taustalla on valtion monopolisoima pakkovalta tai sen käyttämisen uhka.

[307] PeVM 25/1994 vp, s. 3.

[308] Perusoikeuksilla ja etenkin ihmisoikeuksilla on hyvin kiinteitä yhteyksiä moraalifilosofisiin, aatehistoriallisiin sekä uskonnollisiin lähtökohtiin. Tästä syystä käsitteiden muodolliset määritelmät eivät tavoita läheskään kaikkia ihmisoikeuksien ja perusoikeuksien merkitysyhteyksiä. Ks. *Ojanen*, 2006, s. 154 ss.

han suoja, sananvapaus, kokoontumis- ja yhdistymisvapaus, uskonnonvapaus, omaisuudensuoja sekä yhdenvertaisuus. Taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet koskevat taas mm. oikeutta työhön, perusopetukseen, sosiaali- ja terveyspalveluihin, elinkeinon ja ammatin harjoittamiseen, sosiaaliturvaan sekä omaan kieleen ja kulttuuriin. Perus- ja ihmisoikeuksien välillä ei ole hierarkkisia suhteita tai etusijajärjestystä.[309] Edellä oleva osoittaa, että perusoikeudet turvaavat yksilölle kuuluvaa oikeutta [310]

Perusoikeudet ja ihmisoikeudet muodostavat toisiaan täydentävän oikeudellisen suojajärjestelmän, eräänlaisen toiminnallisen kokonaisuuden.[311] Euroopan yhteisö ei ole itse liittynyt minkään kansainvälisen ihmisoikeussopimuksen osapuoleksi.[312] Euroopan yhteisön perustuslaillisista puitteista puuttuu selvä ja tunnistettava perusoikeuksien luettelo tai perusoikeuskirja, joka suojaisi yhteisön oikeuden piiriin kuuluvien oikeuksia. Perustamissopimus turvaa siten laajasti taloudelliseen toimintaan liittyvät oikeudet, mutta yhteisössä ei ole pyritty suojaamaan ihmis- ja perusoikeuksia yhteisön omalla kattavalla säännöstöllä.[313]

Euroopan yhteisön oikeudessa ja sitä koskevassa oikeuskirjallisuudessa puhutaan sekä ihmisoikeuksista (*human rights*) että perusoikeuksista (*fundamental rights*). Ihmisoikeuksilla viitataan taas tiettyihin perustavaa laatua oleviin oikeuksiin EU:n ulkosuhteissa, joissa on kysymys esimerkiksi yhteisön kehitysyhteistyöstä tai poliittisesta yhteistyöstä kolmannen maan kanssa. Ihmisoikeuksista puhutaan myös silloin, kun tarkastelun kohteena on Euroopan ihmisoikeussopimuksen tai yleensä kansainvälisten ihmisoikeusnormien asema ja vaikutukset EU:n oikeudessa.[314] Termillä perusoikeudet viitataan oikeuksiin, jotka on tunnustettu nimenomaan perusoikeuksina joulukuussa vuonna 2000 Nizzan huippukokouksen hyväksymässä perusoikeuskirjassa.[315] Perusoikeuskirjaa on pidetty poliittisena julistuksena eikä tiukan oikeudellisesti sitovana asiakirjana.[316]

Vuoden 1995 perusoikeusuudistusta Suomessa ei pantu toimeen ihmisoikeusvelvoitteiden toteuttamiseksi, mutta pyrkimyksenä oli lähentää kotimaista perusoikeusjärjestelmää ja kansainvälisiä ihmisoikeusvelvoitteita.[317] Perusoikeusuudistuksessa on otettu huomioon yhdistetyissä kansakunnissa hyväksytty yleissopimus eli kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva *KP-sopimus* (30.1.1976/108

---

[309] *Ojanen*, 2006, s. 156.
[310] HE 309/1993 vp, s. 5.
[311] *Lehtimaja*, s. 899.
[312] *Rosas*, 1999a, s. 909.
[313] *Shaw*, s. 344 ja *Craig – de Búrca*, s. 297.
[314] Ks. myös *Raitio*, 2003, s. 170 ss.
[315] Ks. lähemmin *Ojanen*, 2003, s. 1154 ss. ja *Ojanen*, 2006, s. 157.
[316] Ks. *Saraviita*, 1999, s. 106–109. Saraviidan mukaan vahva kansainvälinen mielipide, joka edustaa yhdysvaltalaista oikeusajattelua, vastustaa sosiaalisten oikeuksien säätämistä perusoikeuksiksi.
[317] *Jyränki*, 2000, s. 279.

SopS 8) sekä taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskeva *TSS-sopimus* (16.1.1976/106, SopS 6), *Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimus* (18.5.1990/439, SopS 19) ja *Euroopan sosiaalinen perusoikeuskirja* (24.5.1991/844, SopS 44).[318] Viimeisimmän sopimuksen on korvannut vuonna 2002 hyväksytty ja voimaan saatettu uudistettu Euroopan sosiaalinen peruskirja.

Maastrichtin (1992) ja Amsterdamin (1997) sopimukset ovat tuoneet perussopimuksiin joukon viittauksia perus- ja ihmisoikeuksiin. Unionisopimuksen (1997) 6 artiklan 1 kohdan mukaan ”unioni perustuu jäsenvaltioille yhteisiin vapauden, kansanvallan, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien kunnioittamisen sekä oikeusvaltion periaatteisiin”. Sopimuksen 6 artiklan 2 kohdan mukaan unioni ”pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä”. Unionisopimuksen 46 artiklan 2 kohdan mukaan yhteisöjen tuomioistuin valvoo edellä todetun määräyksen noudattamista.[319] Amsterdamin sopimuksella vahvistettiin siten yhteisöjen tuomioistuimessa kehittyneet periaatteet.[320]

Perusoikeuksien subjekteja ovat vain luonnolliset henkilöt, mutta niiden perusoikeussuojaa voi joskus loukata myös sellainen julkisen vallan toimenpide, jonka välittömänä kohteena on oikeushenkilö.[321] Perusoikeuksien ulottumisesta oikeushenkilöihin (esimerkiksi osakeyhtiöt, yhdistykset, säätiöt) on keskusteltu suomalaisessa valtiosääntöoikeudessa varsin runsaasti jo ennen perusoikeusuudistusta.[322] Yleistäen voidaan todeta, että oikeushenkilöiden välillinen perusoikeussuoja ei ole yhtä vahvaa kuin yksilöiden ”välitön” perusoikeussuoja. Valtio, kunnat sekä julkisoikeudelliset yhteisöt ja laitokset jäävät vakiintuneen lainsäädäntökäytännön mukaisesti perusoikeussuojan ulkopuolelle.[323]

---

[318] Perusoikeuksien suhteesta ihmisoikeuksiin myös *Hallberg*, s. 37. Ks. myös *Viljanen*, 1996, s. 788–792.

[319] Ks. ihmisoikeusperiaatteista *Mäenpää*, 2001, s. 235 ss. Yhteisöjen tuomioistuin valvoo myös ihmisoikeussopimuksen periaatteiden toteutumista. Periaatteet, joihin yleissopimus perustuu, ovat huomioon otettavia myös yhteisön oikeudessa. Tuomioistuin totesi tämän ennakkoratkaisussaan asiassa C-222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, k. 18.

[320] Ihmisoikeussopimuksen määrittelemät perusoikeudet yleisinä oikeusperiaatteina, ks. *Rosas*, s. 207–210 ja 908–910.

[321] *Hidén*, 1999, s. 760.

[322] PeVL 5/1978, s. 2 ja HE 309/1993 vp, s. 23. Ks. myös *Viljanen*, 1999, s. 119 ja *Hidén – Saraviita*, s. 276.

[323] HE 309/1993 vp, s. 18, 21 ja 23. Ks. myös *Viljanen*, 1999, s. 119, jossa hän viittaa esimerkiksi perutuslakivaliokunnan lausuntoon PeVL 45/1996 vp.

5.2.2 Perustuslainmukaisuuden kontrolli

Oikeudella sosiaali- ja terveyspalvelujen saamiseen on vahva perustansa perusoikeuksissa, ja perusoikeuden toteutuminen on sidoksissa toisen perusoikeuden tai toisten perusoikeuksien toteutumiseen. Esimerkiksi, kun jokaiselle on turvattava sosiaali- ja terveyspalvelujen saatavuus, järjestämistapaan ja saatavuuteen vaikuttavat välillisesti myös muut perusoikeussäännökset, kuten yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto, oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen, yksityiselämän suoja sekä uskonnon ja omantunnon vapaus.[324] Sosiaalista perusoikeutta koskevalla säännöksellä voi ajatella olevan myös toimivaltavaikutusta siten, että säännös oikeuttaa rajoittamaan esimerkiksi perustuslain 15 §:n mukaista omaisuudensuojaa. Toisen perusoikeuden toteutumisen edistäminen voi olla näet sellainen hyväksyttävä peruste, jota tavallisella lailla toteutettavat perusoikeusrajoitukset edellyttävät (PeVM 25/1994 vp, s. 5).[325]

Perusoikeussäännökset kohdistuvat monella tavalla lainsäätäjään. Eduskunnan perustuslakivaliokunta on erityisesti 1980-luvulla siirtänyt painopistettä lakiehdotusten muodollisen säätämisjärjestyksen valvonnasta yhä enemmän aineellisen perusoikeussuojan suuntaan.[326] Perusoikeudet eivät pelkästään rajoita eduskunnan toimivaltaa lainsäätäjänä, vaan niistä voidaan johtaa myös lainsäätäjään kohdistuvia aktiivisia toimintavelvoitteita lainsäädännön kehittämiseksi. Perusoikeussäännökset sitovat myös tuomioistuimia ja muita viranomaisia. Perusoikeusuudistusta koskeneessa hallituksen esityksessä korostettiin perusoikeussäännösten tärkeyttä edellä todetussa suhteessa. Perusoikeussäännökset ovat osa sitä oikeusjärjestystä, jota on perustuslain mukaan kaikessa virkatoimessa laillisen seuraamuksen uhalla tarkoin noudatettava. Perusoikeusuudistuksella haluttiin lisätä myös perusoikeuksien suoraa soveltamista tuomioistuimissa.[327]

Eduskunnan perustuslakivaliokunnan perustuslain 74 §:n mukaisesti suorittamalla ennakollisella perustuslainmukaisuuden kontrollilla on tarkoitus varmistaa säädettävän lain perustuslainmukaisuus.[328] Valvonnan painopiste on ollut eduskunnan perustuslakivaliokunnassa, mikä on samalla korostanut eduskunnan asemaa johtavana valtioelimenä. Se, että perusoikeussäännösten tulkinta tapahtuu ensisijaisesti lainsäädäntövaiheessa, merkitsee myös sitä, että tulkinta on koros-

---

[324] *Pöyhönen*, 2000, s. 80.
[325] *Tuori*, 2004, s. 203.
[326] *Hallberg*, 1999, s. 56.
[327] Ks. HE 309/1993 vp, s. 7 ja 15.
[328] Perustuslakivaliokunnan tehtävistä *Hautamäki*, 2004, s. 138 ss.

tuneesti perustuslakivaliokunnan tulkintaa ja tämän tulkinnan ennakointia lainsäätämisprosessissa.[329]

Myös perustuslain tasolla ilmenevien päämäärätasoisten periaatteiden punninta tapahtuu ensisijaisesti perustuslakivaliokunnassa, jossa arvioidaan säädettävien lakien yhteensopivuutta ja ristiriitaa perusoikeussäännösten ja muiden perusoikeusnormien kanssa sekä punnitaan, voidaanko perusoikeuksia rajoittaa.[330]

Perustuslakivaliokunnan suorittaman kontrollin johdosta voidaan tämän tutkimuksen lähtökohtana pitää sitä, että tutkimuksen kohteena oleva alemmanasteinen lainsäädäntö on perustuslain mukaista. Käytännössä sellaiset tuomioistuimen tai hallintoviranomaisen ratkaisutilanteet, joissa olisi selvä ja ratkaisematon ristiriita perustuslain ja lain säännösten välillä, ovatkin äärimmäisen poikkeuksellisia.[331] Perustuslakisäännösten merkitys lain soveltamisvaiheessa tuleekin esille useimmiten silloin, kun perustuslakia alemmanasteiset säännökset näyttäisivät antavan soveltamistilanteessa erilaisen oikeusohjeen.

Perustuslain 106 §:n on katsottu ilmentävän merkittävää periaatteellista muutosta suomalaisessa oikeusajattelussa. Sen mukaan lain ja perustuslain välisessä ristiriidassa tuomioistuimen on jätettävä perustuslain kanssa ristiriidassa oleva alemmanasteinen säännös soveltamatta. Perustuslain 107 § koskee myös hallintoviranomaisia, joiden on jätettävä perustuslain kanssa ristiriidassa oleva lakia alemmanasteinen säännös soveltamatta. Sen myötä valtiosääntömme kokonaisuus näyttää länsieurooppalaisittain normaalimmalta. Ajatustapaa, jossa perustuslain asema oikeushierarkian huipulla ilmenee vain lakien säätämisvaiheessa eikä lakeja sovellettaessa, kuten meillä ennen uuden perustuslain säätämistä, näyttäytyy eurooppalaisin silmin tarkasteltuna sangen erikoisena ja sen rationaalisuutta on perustuslain vaikuttavuuden kannalta likipitäen mahdotonta perustella.[332]

5.2.3 Perusoikeusmyönteinen laintulkinta

Perustuslakivaliokunnan ennakollinen kontrolli ei ilmeisestikään vielä ole omiaan varmistamaan kaikissa tapauksissa sitä, että perusoikeuksien mukaisesti säädetyt perustuslakia alemmanasteiset säädökset olisivat jännitteettömiä, eikä olisi vaarana syntyä lain säännösten välisiä tulkintaongelmia.

Vuoden 1995 perusoikeusuudistuksen yhtenä tavoitteena oli lisätä perusoikeussäännösten välitöntä sovellettavuutta tuomioistuimissa ja muissa viranomai-

---

329 *Hidén*, 2002, s. 1169.
330 *Huovila*, s. 42.
331 PeVM 25/1994 vp, s. 4.
332 Ks. *Viljanen*, 2003, s. 1181 ss.

sissa.[333] Tähän tähtäsi myös niiden kirjoittaminen aikaisempaa täsmällisempään muotoon.[334] Perustuslain mukaisen laintulkintametodin keskeisenä oikeuttamisperusteena voidaan pitää oikeusjärjestyksen yhtenäisyyden periaatetta: oikeusjärjestystä on tulkittava yhtenäisyyttä edistävällä tavalla. Valtiosääntöisten näkökohtien huomioon ottamista puolletaan tavallisesti joko perustuslain muodollishierarkkisella ylemmänasteisuudella tai valtiosäännön aineelliseen preferenssiin nojaavilla käsityksillä. Hierarkkisesta asemasta johtuu myös velvollisuus ottaa perustuslaki huomioon alemmanasteisten säädösten tulkinnassa.[335] Valtiosääntönormien käytännöllinen oikeudellinen merkitys on vahvistunut. Perustuslain, valtiosäännön muodollisoikeudellisen ydinosan tarkoituksena on edistää oikeusjärjestyksen koherenssia ja lainsäädännön aineellista johdonmukaisuutta.[336]

Velvollisuutta perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan on perusteltu sillä, että perusoikeudet ovat kansalaisille oikeuksia suovia normeja ja niihin liittyy voimakas arvoelementti.[337] Perusoikeusuudistuksessa pyrittiin määrittelemään yhteiskunnan perustavanlaatuiset arvot nykytilaa ja näköpiirissä olevaa tulevaisuutta silmällä pitäen.[338]

Perusoikeusmyönteisen laintulkintametodin idea on hyväksytty voimassa olevan perustuslain 22 §:ssä (11.6.1999/731). Sen mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen.[339] Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan idea ilmenee perustuslakivaliokunnan perusoikeusuudistusta koskeneesta mietinnöstä (PeVM 25/1994 vp, s. 4) siten, että normaaleissa perusoikeuksien soveltamistilanteissa tuomioistuimissa perusoikeussäännökset ja tavallisen lain säännökset vaikuttavat yhdessä ratkaisun perusteena.[340] Tuomioistuimen tulee valita perusteltavissa olevista lain tulkintavaihtoehdoista sellainen, joka parhaiten edistää perusoikeuksien tarkoituksen toteutumista ja joka eliminoi perustuslain kanssa ristiriitaisiksi katsottavat vaihtoehdot.[341] Perusoikeus toimii silloin tulkintaa ohjaavana oikeusperiaatteena ns. kiperissä tulkintatilanteis-

---

[333] Ks. *Saraviita*, 1999, s. 887 ss.
[334] HE 309/1993 vp, s. 32.
[335] Ks. *Viljanen*, 1990, s. 216 ss.
[336] *Husa*, 2007, s. 186.
[337] *Scheinin*, 1988, s. 65 ja 195.
[338] HE 309/1993 vp, s. 15.
[339] Ks. HE 309/1992, s. 62.
[340] Vaatimus perusoikeusturvan laajentamisesta ja siitä, että perusoikeuksien toteuttaminen velvoittaa kaikkia valtion toimielimiä, sisältyi jo valtiosääntökomitean mietintöön (KM 1974:27). Yksimielinen komitea oli siitä, että taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet on turvattava perustuslaissa mahdollisimman tehokkaasti. *Jyränki*, 1999, s. 863.
[341] Perusoikeusmyönteisen laintulkinnan periaate on ollut esillä aikaisemminkin (yhdistyslain säätämisen yhteydessä). Lausunnossaan (PeVL 6/1988 vp. s. 3) perustuslakivaliokunta valiokunta vahvisti yleisen perustuslakimyönteisen laintulkinnan periaatteen. ”Valiokunta pitää tässä yhteydessä aiheellisena korostaa sitä periaatetta, että viranomaisten tulee tulkita kaikkia perusoikeuksien käyttöä koskevia säännöksiä perusoikeusmyönteisesti. Tämä tulkintaperiaate tulee erityisesti

sa. Kunnallisen toimintapolitiikan tason päätöksenteossa perusoikeussäännösten toimeksianto- ja heikennyskieltovaikutukset ovat lähellä tulkintavaikutusta: säännökset voidaan ymmärtää kuntien pakollisia tehtäviä koskevien tavallisten lain säännösten tulkintaa ohjaaviksi normeiksi.[342]

Ongelmalliseksi tulkinnan tekee se, että usein ratkaisuun vaikuttaa samanaikaisesti toinen perusoikeus, sosiaalisen perusoikeuden toteuttamisen yhteydessä tässä tutkimuksessa erityisesti elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapaus. Ongelmia tuottaa myös Euroopan yhteisön oikeuden taloudellisten perusvapauksien liittäminen kansallisten perusoikeuksien toteuttamiseen, sillä yhteisön voimassa oleva oikeus ei sisällä yhtenäistä perusoikeusluetteloa. Ajatus, jonka mukaan perustuslaissa julkisen vallan edustajille annettu perusoikeuksien turvaamisvelvoite koskisi vain ”puhtaan” kotimaisia lainsäätämis- ja soveltamistilanteita, on kestämätön jo yksistään sen vuoksi, että se perustuisi dramaattisen voimakkaaseen käsitykseen yhteisön oikeuden ja kotimaisten perusoikeuksien erillisyydestä.[343] Edellä todetuista syistä perusoikeusmyönteisen laintulkintaperiaatteen soveltaminen yhteisön oikeuden tullessa kansallisen oikeuden ohella sovellettavaksi ei ole yksiselitteistä.[344]

5.2.4 Perusoikeudet EY:n oikeutta sovellettaessa

Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien asema Euroopan yhteisön oikeuden soveltamisessa on ollut varsin epäselvä. Tämän tutkimuksen kannalta on merkityksellistä se, millä tavoin toisaalta yhteisön oikeuden perustavaa laatua olevat vapausoikeudet ja niihin liittyvät soveltamisen oikeusperiaatteet vaikuttavat kansallisten perusoikeuksien soveltamiseen. Tutkimuksen tavoitteesta johtuen kysymys on erityisesti siitä, millä tavoin yhteisön oikeuden periaatteet vaikuttavat sosiaalisten perusoikeuksien toteuttamiseen. Perustamisvaiheessa ja vielä pitkään sen jälkeenkään ei Euroopan yhteisö myöntänyt perusoikeuksien asemaa kansalais-

---

pitää mielessä sovellettaessa säännöksiä, jotka ratkaisevat, onko yhdistymisvapaus ylipäätänsä joidenkin kansalaisten käytössä vai ei.” Ks. myös *Hallberg*, s. 84.

342 *Tuori*, 2004, s. 204. ja 214. Karhu liittää oikeusjärjestyksen sisällöllisen koherenssin perusoikeusmyönteiseen laintulkintaan siten, että oikeusnormistojen, mukaan lukien oikeusperiaatteet, perusoikeusmyönteinen systematisointi auttaa ylläpitämään koherenssia. Tällä hän tarkoittaa konkreettisesti sitä, että ratkaisujen legitimiteettiä voidaan ylläpitää hakemalla rinnastuksia siihen harkintaan, jota eduskunnan perustuslakivaliokunta tekee harkitessaan perusoikeuksien rajoitusperusteita. *Karhu*, 2003, s. 805.

343 Ks. *Ojanen*, 2003, s. 1161 ja 1163. Ojasen mukaan suomalaisen tuomioistuimen pitäisi antaa kuitenkin etusija kotimaiselle perusoikeudelle ainakin sellaisessa tilanteessa, jossa eduskunta on tarkoituksella loukannut EU-oikeutta – esimerkiksi tinkinyt EU-säädöksen täysimääräisestä toimeenpanosta – kotimaisten perusoikeuksien vuoksi. *Ojanen*, 1999, s. 246 ss.

344 Asiaan on kiinnittänyt huomiota Ojanen perusoikeuksia koskevassa mielipidekirjoituksessaan ”Perusoikeuksista on tehtävä EU-oikeuden kivijalka”, *Ojanen*, Helsingin Sanomat, 3.8.2006.

ja poliittisille oikeuksille eikä myöskään taloudellisille, sosiaalisille ja sivistyksellisille oikeuksille. Jos kansallisessa soveltamistilanteessa tulisi esille tulkintatilanne, jossa edellä mainittujen perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien toteutuminen olisi ristiriidassa kansallisten sosiaalisten perusoikeuksien kanssa, vapausoikeuksilla saattaisi punnintatilanteessa olla suurempi painoarvo.[345]

Ennakkoratkaisu *Costa v. ENEL* C-6/64 määritteli yhteisön oikeuden ehdottoman etusijan kaikkeen kansalliseen oikeuteen nähden. Luonteeltaan taloudellisena yhteisöt turvasivat perusvapaudet.[346] Aivan viime aikoja lukuun ottamatta mitään sosiaalista oikeutta ei ole perusteltu sen vuoksi, että ne kehittäisivät markkinoita. Perusoikeuksien puuttuminen ei kuitenkaan merkinnyt niiden täydellistä puuttumista yhteisön tason työstä, sillä EY rakentui jäsenmaiden kehittyneen sosiaalisen ja teollisen toiminnan muodostaman järjestelmän varaan. Jäsenmailla ei ollut mitään halua luovuttaa tätä vastuutaan yhteisölle. Oikeuden normeja luova tehtävä yhteisölle kuuluvalla toimialueella antoi ylivallan turvata markkinoiden toimintaan liittyvät vapausoikeudet ilman, että ne olisi taattu sosiaalisille perusoikeuksille. Tämä oli omiaan sekoittamaan yhteydet jäsenvaltiotason sosiaalioikeuteen.[347]

Ennakkoratkaisussa *Stauder* C-29/69 tuomioistuin totesi ensimmäisen kerran, että perusoikeudet kuuluvat yhteisön oikeuden yleisiin periaatteisiin (*the general principles of EC law*) ja yhteisöjen tuomioistuin varmistaa niiden noudattamisen.[348] Tuomioistuimen asiassa *Internationale Handelsgesellschaft* C-11/70 tekemä ennakkoratkaisu sisälsi perustamissopimuksen velvoittavuuden määrittelyn suhteessa myös jäsenvaltion perustuslakiin sisältyviin perusoikeuksiin. Sen mukaan perustamissopimukseen perustuvaa oikeutta vastaan ei voida sen luonteen vuoksi vedota tuomioistuimessa minkään kansallisen oikeuden sääntöjen perusteella. Muutoin perustamissopimuksen nojalla annettu lainsäädäntö menettäisi yhteisöä koskevan luonteensa ja yhteisön oikeudellinen perusta saatettaisiin kyseenalaiseksi.[349] Tämän vuoksi myöskään vetoaminen perusoikeuksien loukkauksiin, sellaisina kuin nämä oikeudet on kirjattu jäsenvaltion perustuslakiin tai jäsenvaltion valtiosääntörakenteeseen sisältyviin periaatteisiin, ei voi vaikuttaa yhteisön toimenpiteen pätevyyteen tai sen oikeusvaikutukseen kyseisen valtion

---

[345] Ks. *Ojanen*, 2003, s. 1157. Ojanen on arvioinut tämän olevan lopputukoksena uuden Euroopan perustuslaillisen sopimuksen hyväksymisestä.
[346] Yhteisön perustamissopimuksen takaamien taloudellisten vapausoikeuksien (*fundamental principles*) status on nostettu yleisen oikeusperiaatteen tasolle. *Shaw*, s. 339.
[347] *Fredman*, s. 42.
[348] Asia C-29/69, *Stauder*, k. 7.
[349] Yksityiskohtaiset perustelut syistä, miksi perusperiaatteet ja soveltamisen periaatteet sitovat kansallista oikeudenkäyttöä: *Lang*, 1991, s. 352–354.

alueella.[350] Tämä elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapautta (”omistusoikeutta” ja ”kaupankäynnin, työn ja muun ammatillisen toiminnan vapauden” perusoikeutta) koskeva linjaus sisältyi yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisuun *Nold* C-4/73.[351]

Tuomioistuin saattoi samalla vahvistaa myös oman toimivaltansa perusoikeusasioissa, vaikka kirjoitetusta oikeudesta ei löytynyt mitään mainintaa perusoikeuksista. Toiseksi tuomioistuin korosti, että EY:n toimielinten säädösten ja päätösten sopusointua perusoikeuksien kanssa ei voida arvioida jäsenvaltioiden perustuslakien, vaan vain ”EY-oikeuden valossa” sekä ”yhteisön rakenteiden ja tavoitteiden puitteissa”. EY:n tuomioistuin antoi kuitenkin hiukan periksi jäsenvaltioista voimakkaasti esitetyille vaatimuksille siitä, että kansallisilla perusoikeusjärjestelmillä sekä kansainvälisillä ihmisoikeussopimuksilla tulisi olla ”jotain” merkitystä integraatiossa. Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltioiden yhteinen valtiosääntöperinne ja tietyt kansainväliset ihmisoikeussopimukset tarjoavat lähtökohtia ja virikkeitä perusoikeuksille yhteisössä.[352]

Kun yhteisön oikeuden normi jättää jäsenvaltiolle harkintavaltaa kyseisen normin täytäntöönpanossa, yhteisöjen tuomioistuin ei rajoitu pelkästään tutkimaan yhteisön oikeuden normin perusoikeudenmukaisuutta, vaan kiinnittää huomiota myös siihen, vastaako jäsenvaltioiden täytäntöönpanolainsäädäntö yhteisön oikeuden perusoikeustakeita.[353]

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on eräät muutkin perusoikeudet katsottu yhteiseen valtiosääntöperinteeseen kuuluvina osaksi yhteisön oikeutta. Tällaisia ovat omaisuuden suoja,[354] kotirauhan suoja,[355] ilmaisuvapaus,[356] yhdistymisvapaus[357] ja tehokkaan oikeuskeinon vaatimus[358]. Yhteisöjen tuomioistuin ei ole kuitenkaan katsonut olevansa sidottu jokaisen jäsenvaltion perustuslain jokaiseen määräykseen ja sen erityispiirteisiin, vaan niin kutsuttuun jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen.[359] Siten on mahdollista, että yhteisön lainsäädännössä saattaa ilmetä yksittäisiä ristiriitoja Suomen perusoikeuksien kanssa. Tulkintaongelmia syntyy niistä kansallisen perustuslain piirteistä,

---

[350] Asia C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, tiivistelmän k. 1, 3 ja 4. Päätöksessään tuomioistuin viittasi myös asiaan C-29/68, *Milch-, Fett- und Eierkontor*. Ks. myös *Craig – de Búrca*, s. 302 ss.
[351] Asia C-4/73, *Nold* II.
[352] *Ojanen*, 2006, s. 158.
[353] *Joutsamo ym.*, s. 92. Asia C-5/88, *Wachauf*, k. 18.
[354] Asia C-44/79, *Hauer.*
[355] Yhdistetyt asiat C-46/87 ja C-227/88, *Hoechst*.
[356] Asia C-260/89, *ERT.* Tapauksessa oli kyse ihmisoikeuksien suojaamiseksi 4.11.1950 tehdyn Euroopan yleissopimuksen 10 artiklassa taatusta sananvapaudesta.
[357] Asia C-415/93, *Bosman*.
[358] Asia C-222/84, *Johnston*.
[359] *Shaw*, s. 333.

joille ei ole vastinetta jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä eikä myöskään ihmisoikeussopimuksissa.[360]

Erikseen on syytä tässä yhteydessä todeta ennakkoratkaisun *Schmidberger* C-112/00, (joka koski sananvapautta ja kokoontumisvapautta) perusteella, etteivät kaikki perusoikeudet ole painoarvoltaan samassa asemassa. Euroopan ihmisoikeussopimus turvaa perusoikeutena kaikkien ihmisten oikeuden elämään, ja tätä perusoikeutta ei voida lainsäädännölläkään rajoittaa. Ratkaisu osoittaa sen, että myös perusoikeuksiin vedottaessa perustamissopimuksen sisältämien vapausoikeuksien rajoitusperusteina sen tulee perustua perustamissopimuksen itsensä hyväksymiin perusteisiin.[361]

Vaikka parlamentin, neuvoston ja komission *Nizzassa* 7.2.2000 julkistama Euroopan unionin perusoikeuskirja ei ole oikeudellisesti sitova asiakirja, on yhteisöjen tuomioistuin nojautunut siihen ratkaisussaan *Euroopan parlamentti v. Euroopan unionin neuvosto* C-540/03, kun kyse oli perheen yhdistämistä koskevan direktiivin 2003/86/EY soveltamisesta. Tuomioistuimen mukaan vaikka kyseinen perusoikeuskirja ei olekaan sitova oikeudellinen asiakirja, Euroopan yhteisön lainsäätäjä on kuitenkin halunnut tunnustaa sen merkityksen toteamalla kyseisen direktiivin toisessa perustelukappaleessa, että direktiivissä otetaan huomioon paitsi Euroopan ihmisoikeussopimuksen 8 artiklassa myös Euroopan unionin perusoikeuskirjassa tunnustetut periaatteet.[362] Kyseisen ratkaisun perusteluihin on sisällytetty tuomioistuimen kehittämä perusoikeuksien valvonnan pitkäaikainen linja, johon perusoikeudet sisältyvät yleisinä oikeusperiaatteina. Tämän tuomion myötä on perusoikeuskirjasta katsottu tulleen unionin oma ”perusoikeuslähde”.[363] Edellä todetussa tapauksessa oli kyse perheen (lasten) oikeuksista, mutta yhtä lailla kyse voisi olla perusoikeuskirjaan sisältyvistä muista perusoikeuksista, kuten ikääntyneiden henkilöiden ja vammaisten henkilöiden

---

[360] KM 1994:4, s. 328 ss.

[361] Asia C-112/00, *Schmidberger*, erityisesti k. 77. Kyseessä oli tavaroiden vapaa liikkuvuus.

[362] Asia 540/03, *Euroopan unionin parlamentti vs. neuvosto*, k. 35–37, 105. Lisäksi tuomioistuin totesi, että kuten perusoikeuskirjan johdanto-osasta ilmenee, sen pääasiallisena tarkoituksena on vahvistaa ”oikeudet, jotka perustuvat erityisesti jäsenvaltioille yhteisiin valtiosääntöperinteisiin ja kansainvälisiin velvoitteisiin, Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen ja yhteisöjen perustamissopimuksiin, Euroopan ihmisoikeussopimukseen, yhteisön ja Euroopan neuvoston hyväksymiin sosiaalisiin peruskirjoihin sekä yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön”.

Jo asiassa C-173/99, *BECTU* julkisasiamies katsoi, että asiassa, joka koskee perusoikeuden luonnetta ja ulottuvuutta, on mahdotonta olla ottamatta huomioon perusoikeuskirjan asiaankuuluvia toteamuksia ja sen ilmeistä tarkoitusta toimia olennaisena viitteenä yhteisön kaikille toimijoille, eli jäsenvaltioille, toimielimille sekä luonnollisille henkilöille ja oikeushenkilöille silloin, kun sen määräykset niin sallivat. Ks. k. 28. Tuomioistuin ei ottanut kuitenkaan tähän nimenomaista kantaa siksi, ettei se halunnut mennä perusoikeuskirjan sitovaa luonnetta koskevan kuumentuneen keskustelun edelle. Ks. *Fredman*, s. 57.

[363] Ks. *Salminen*, 2007, s. 292 ss.

oikeuksista, sekä oikeudesta sosiaalietuuksiin ja sosiaalipalveluihin. Näiden merkitystä yhteisön lainsäätäjä ei ole kuitenkaan erityisesti tunnustanut.

Kansalliset tuomioistuimet voivat aina soveltaa myös yhteisöjen tunnustamia perusoikeuksia perusoikeusmyönteisesti.[364] Jos tietty EU:n säädös tai päätös antaa mahdollisuuden useisiin eri tulkintavaihtoehtoihin, niistä on valittava se, joka on parhaiten sopusoinnussa perusoikeuksien kanssa tai kykenee vähintäänkin purkamaan jännitteen perusoikeuden ja EU-säädöksen tai -päätöksen välillä.[365] Sama koskee Suomea sitovia ihmisoikeussopimuksia. Vaikka kysymys ihmisoikeussopimuksen asemasta valtionsisäisessä oikeusjärjestyksessä on eräiltä osin Suomessakin auki, ovat käytännön ongelmat pitkälti ratkaistavissa lainsäätäjän valppaudella ja ”ihmisoikeusystävällisen laintulkinnan” periaatteella. Näihin liittyy lähtökohtainen olettamus siitä, ettei lainsäätäjän voida katsoa tarkoittaneen poiketa Suomea sitovista ihmisoikeusvelvoitteista.[366]

Jokaisen kansallisen tuomioistuimen velvollisuutena on olettaa, että tapauksen ratkaisun kannalta relevantti EU-toimielimen säädös (esimerkiksi asetus tai direktiivi) tai päätös on pätevä (pätevyysolettama). Jos kansallisen tuomioistuimen mielestä on vakavia perusteita epäillä säädöstä tai päätöstä pätemättömäksi esimerkiksi juuri perusoikeusnäkökulmasta, sen on pyydettävä yhteisöjen tuomioistuimelta ennakkoratkaisua.[367]

Toisaalta perustuslakivaliokunnan lausunnon (PeVL 25/2001 vp) mukaan EU:n perusoikeuksien sitovuus saa ulottua jäsenvaltioihin vain niille kuuluvissa EU:n oikeuden toimeenpanotehtävissä, eikä se saa tällöinkään heikentää kansallisen perusoikeussuojan tasoa.[368] Tämä johtuu siitä, että myös perusoikeuksien soveltamisala määräytyy yhteisön oikeuden soveltamisalan mukaan.[369] Yhteisöjen tuomioistuimella ei ole toimivaltaa tutkia väitteitä perusoikeuksien vastai-

---

[364] *Rosas*, 1999, s. 911.

[365] Erityisesti kansallisten perusoikeuksien toteutumisen kannalta EU-oikeuden ja kotimaisten perusoikeuden harmoniaa tavoittelevasta tulkinnasta, ks. *Ojanen*, 2003, s. 1166.

[366] Ks. *Pellonpää*, 2005, s. 63–66.

[367] *Ojanen*, 2006, s. 160 ss.

[368] PeLV 25/2001 vp, s. 3.

[369] Tuomioistuin on ratkaisukäytännössään katsonut ihmisoikeuksia koskevien velvoitteiden toteutumista koskevan kansallisten toimenpiteiden valvonnan voivan toteutua seuraavissa tilanteissa: a) Edustustyyppiset tilanteet – jäsenvaltioiden implementoidessa yhteisön lainsäädäntöä. b) Yhteisön oikeuden, erityisesti vapausperiaatteiden vastaiset toimenpiteet: i) erityiset perustamissopimuksen hyväksymät poikkeukset – jäsenvaltio vetoaa perustamissopimuksen hyväksymiin liikkuvuusvapauksien rajoitusperusteisiin, perustellakseen liikkuvuusvapauden vastaiset toimenpiteensä, ii) *Cassis de Dijon* -poikkeukset; vaikka oikeus aluksi katsoi, ettei niitä ollut mahdollista arvioida, se muutti käsityksensä *Familiapress*-ennakkoratkaisussa, iii) *Schmidberger*-poikkeukset; jäsenvaltio vetoaa perusoikeuksien kunnioittamiseen ja niiden suojan ennaltaehkäisevään merkitykseen rikkomisensa suorana oikeuttamisena. *Knook*, 369 ss.

suudesta asiassa, joka kuuluu kansallisen oikeuden soveltamisalaan ja yleisimmin jäsenvaltion yksinomaisen toimivallan piiriin.[370]

Aikaisemmin todetun mukaisesti myös perusoikeuksien ja yhteisöoikeuden ristiriita tulisi ratkaista kunnioittaen Suomen perusoikeuksia. Tämä perustuu siihen lähtökohtaan, ettei yhteisön oikeus ole yhteisön perusoikeusjärjestelmän vastainen ja etteivät yhteisön ja Suomen perusoikeudet olennaisesti poikkea toisistaan. Perusteita perusoikeuksien ytimestä poikkeamiseen ei ole.[371] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella tätä mielipidettä voidaan pitää jossain määrin yksioikoisena.

Tämän tutkimuksen kannalta on oleellinen kysymys se, voiko kansalliseen perusoikeusjärjestelmään kuuluva sosiaalinen perusoikeus antaa paremman (tai viranomaisia enemmän velvoittavan) suojan kuin yhteisön oikeus edellyttäisi. Tämä kysymys on tärkeä silloin, kun joudutaan ristiriitatilanteessa punnitsemaan yhteisön oikeuden tunnustamaa perusoikeutta, esimerkiksi elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapautta, kansallisen sosiaalisen perusoikeuden kanssa.

Kiperiä kysymyksiä aiheuttaa erityisesti kansalliseen perustuslakiin sisältyvien sosiaalisten perusoikeuksien suhde yhteisön tuomioistuimen tunnustamiin perusoikeuksiin. Vilkasta mielipiteiden vaihtoa on synnyttänyt kysymys kansallisten perusoikeuksien suhteesta neljään taloudelliseen perusvapauteen.[372] Kun perusoikeusulottuvuuden kasvualustana ovat olleet ennen muuta yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisut, moni perusoikeuksien sisältöä, ulottuvuutta ja suojan tasoa koskeva olennainen kysymys on voinut jäädä vaille vastausta jo yksin siitä syystä, ettei tuomioistuin ole saanut käsiteltäväkseen oikeusjuttua, jonka yhteydessä se olisi voinut lausua asiasta.[373]

Jo yksin perustuslakivaliokunnan käytännön valossa on ilmeistä, että EU ja kotimainen perusoikeusjärjestelmämme kietoutuvat monin tavoin toisiinsa: EU:n jäsenyys vaikuttaa perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumiseen ja toteuttamiseen Suomessa ainakin siltä osin kuin kysymys on EU-oikeuden valtionsisäisestä toimeenpanosta ja soveltamisesta, mutta EU:n vaikutus voi varsinkin ajan myötä ulottua laajemmallekin kotimaiseen perusoikeusjärjestelmään.[374] Koti-

---

[370] Ks. *Ojanen*, 2006, s. 161.

[371] Ks. *Arajärvi*, s. 130–133. Ks. myös *Sakslin*, s. 904–907.

[372] *Niemisen* mukaan on ongelmallista, että sosiaalisille oikeuksille on annettu yhteisön oikeuden tasolla vielä heikompaa suojaa kuin muille perusoikeuksille. Vaikuttaa siltä, että yhteisöjen tuomioistuin ei ole halunnut antaa perusoikeuksille – ja etenkään silloin, kun kyse on sosiaalisten oikeuksien toteuttamisesta – kovin suurta merkitystä. Euroopan yhteisön oikeusjärjestys heijastaa Niemisen mukaan lähinnä ”markkinakansalaisten” arvoja. Nieminen pitää itse asiassa perusoikeuksien käsitteen käyttöä yhteisön oikeuden yhteydessä monilta osin kyseenalaisena. ”Markkinakansalaisten” arvoista puhuessaan Nieminen siteeraa *Ian Wardia*, Beyond Sex Equality, Teoksessa *Sex Equality in the European Union*, s. 369–382. Ks. *Nieminen*, s. 40–42.

[373] *Ojanen*, 2006, s. 167.

[374] *Ojanen*, 2003, s. 1150.

maisten perusoikeuksien huomioon ottamista ei EU-säädösten toimeenpanossa ole estänyt se, että kotimainen lainsäätäjä soveltaa ”unionin oikeutta” ja on siten sidottu myös EU:n perusoikeuksiin.[375]

Ojanen on pitänyt mahdollisena myös lainsäätäjän tietoista EU-oikeuden toimeenpanosta tinkimistä perusoikeuksien toteuttamiseksi, ja ratkaisu riippuu tällöin monesta muustakin kuin vain tiukan oikeudellisesta näkökohdasta. Hän on pitänyt tietoista toimeenpanon laiminlyöntiä perusteltuna silloin, kun se perustuu tarpeeseen turvata perusoikeuksien toteutuminen. Yhtenä ”reaalisena” näkökohtana toimeenpanon laiminlyöntiä harkittaessa on myös se, että komissio olisi tällaisessa tilanteessa varmaan varsin pidättyväinen viemään Suomen EY:n tuomioistuimeen jäsenyysvelvoitteen rikkomisesta, koska se voisi vain tarpeettomasti heikentää EU:n oikeuden valtionsisäistä hyväksyttävyyttä.[376]

EU-säädösten luonne ns. vähimmäistaso- tai minimisäännöksinä ei ole ongelmallinen Suomen osalta niiltä osin kuin kotimainen oikeus takaa laajemman tai tehokkaamman oikeuden. Vähimmäistasoluonteisten EU-säännösten soveltamisalaa ei voida supistaa kansallisin lainsäädäntötoimenpitein, vaan oikeuksille on annettava vähintään EU-säännösten mukainen suojan taso Suomen oikeudessa. Lisäksi on aina muistettava, että sekä Suomen oikeuteen että EU:n oikeuteen sisältyy myös perusoikeusmyönteinen laintulkinta sekä – jälkimmäiseen – velvollisuus olettaa EU-säädös päteväksi.[377]

Tarkasteltaessa kansallisten perusoikeuksien ja yhteisön oikeuteen sisältyvien perusvapauksien, kuten työvoiman ja palvelujen vapaa liikkuvuus, ristiriitatilanteita, joudutaan yhteensovittamistarpeeseen ja selvissä konfliktitilanteissa sovellettavan oikeuden etusijan määrittelyyn. EU:n perusoikeuksien soveltamisala määräytyy yhteisön oikeuden soveltamisalan ja yleisemmin yhteisön toimivallan mukaan.[378] Yhteisön lainsäädäntökään ei voi oikeuttaa jäsenvaltioita toteuttamaan kansallisia lainsäädäntötoimenpiteitä, jotka ovat perusoikeuksien vastaisia.[379]

Yhtenäisen perusoikeusluettelon, joka sisältäisi myös sosiaaliset perusoikeudet, puuttuessa toistaiseksi yhteisön oikeudesta, joudutaan turvautumaan perustamissopimuksen perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien 30, 45 ja 55 artiklasta ilmeneviin rajoitusperusteisiin. Näin tehtäessä on periaatteellisena riskinä se, että taloudelliset vapausoikeudet on otettava konkreettisessa soveltamistilanteessa huomioon ensisijaisina.

---

375 Ks. *Ojanen*, 2003, s. 1163.
376 *Ojanen*, 2003, s. 1159 ja 1164.
377 Ks. *Ojanen*, 2003, s. 1161–1162 ja 1163. Ks. ihmisoikeussopimuksen vaikutuksesta yhteisön toimivaltaan *Lang*, s. 354.
378 *Ojanen*, 2003, s. 1153.
379 *Rosas*, 1999, s. 911.

Jäljempänä sosiaalisia perusoikeuksia koskevassa osassa (III, luku 2.1) tarkastellaan erikseen sitä, miten yhteisön oikeus vaikuttaa kansallista sosiaaliturvajärjestelmää koskevaan päätöksentekoon. Tässä tarkastelussa on esillä kysymys siitä, mikä vaikutus perustamissopimuksen turvaamilla vapausperiaatteilla on sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämiseen ja järjestämistä koskevaan kansalliseen päätösvaltaan.

5.3 OIKEUSPERIAATTEET RATKAISUTOIMINNASSA

Tämän sosiaalisia perusoikeuksia käsittelevän tutkimuksen metodisena lähtökohtana on ollut perinteinen sääntöhakuinen tulkintalainoppi. Tämä tulkintalainoppi säilyy tutkimuksessa mukana myös jatkossa, mutta *periaatehakuisen* tutkimusmetodin mukaan ottamiselle on perusteita.[380] Periaatelähtöisen tulkintametodin käytön perusteista tärkein on se, että perus- ja ihmisoikeuksien merkitys on korostunut erityisesti 1990-luvulla. Perus- ja ihmisoikeusnormit ovat itsessään varsin syvällä olevien oikeusperiaatteiden sanallisia ilmauksia ja ne voidaan luontevimmin ottaa huomioon yleisistä periaatteista lähtevässä periaatehakuisessa tutkimuksessa.[381]

Perusoikeusuudistuksen jälkeen perusoikeusnormisto ei ole ainoastaan julkisoikeuden vaan koko oikeusjärjestyksemme perusnormisto, jolla on vähintäänkin oikeusperiaatteina eräänlainen läpäisyvaikutus jopa siviilioikeuden ydinalueella.[382] Oikeusperiaatteet liittyvät myös eri oikeudenalajaotteluun siten, että kullakin oikeudenalalla toteutetut oikeudelliset sääntelyt perustuvat sille ominaisiin moraaliperiaatteisiin, eettisiin arvoihin ja poliittisiin tavoitteisiin, jotka luovat leimansa sen yleisiin oikeusperiaatteisiin.[383]

5.3.1 Tavoitteet ja periaatteet

Dworkin sisällyttää laajassa merkityksessä normeihin (standardeihin) yhtäältä normit, jotka ovat sääntöjä sekä periaatteita suppeassa merkityksessä ja toisaalta normit, jotka ovat ilmaisevat yhteiskunnan tavoitteita. Näitä hän kutsuu politiikoiksi (*policies*).

Politiikat ovat politiikan ja oikeuden välinen yhdysside. Politiikka on ohje, joka määrittelee yhteisön *taloudellista*, *poliittista* tai *sosiaalista* tilaa koskevan

---

380 Periaatehakuinen ja sääntöhakuinen -termejä on käyttänyt *Pöyhönen*, 1988, s. 57–63.
381 Vrt. *Huovila*, s. 10.
382 *Tuori*, 1998, s. 1012.
383 Sosiaalioikeudesta oikeudenalana, *Tuori,* 2004, s. 1–7. Ks. oikeudenalojen määräytymisestä substantiaalisten näkökohtien ja yleisten oppien mukaisesti, *Tuori* 2004a, s. 1201–1203.

tavoitteen. Esimerkkejä tavoitteista ovat kansantalouden hyvä tila ja hyvä kansanterveys.[384] Tavoiteperiaatteisiin nojaavat argumentit tukevat ratkaisua osoittamalla ratkaisun edistävän ja suojelevan jotain tavoitepäämäärää koko yhteisön hyväksi.[385]

Periaate suppeassa mielessä ei kytkeydy toivottuihin taloudellisiin, poliittisiin tai sosiaalisiin tiloihin, vaan ilmaisee *oikeudenmukaisuus-* tai *muun moraalivaatimuksen*. Moraaliperiaate kytkee siten oikeudenmukaisuuden ja kohtuullisuuden osaksi oikeudellista ratkaisutoimintaa. Periaatteet suppeassa merkityksessä eroavat *yhteiskuntapoliittisista* tavoitteista juuri moraalikytkennässään. Vastakohtana politiikoille periaatteet perustelevat siis *yksilöllisiä* subjektiivisia oikeuksia.[386] Periaatteeseen verrattuna sääntö on yleensä muodollisen voimassaolonsa vuoksi oikeusjärjestyksessä voimassa, vaikka mitään helposti havaittavaa yhteyttä arvoihin ei nähdä.[387]

Edellä tiivistetysti kuvatut *periaatteet* välittävät oikeusjärjestyksen yhteyksiä eettisiin arvoihin ja moraalinormeihin.[388] Periaateargumentit ovat siten argumentteja, joiden tarkoituksena on perustella yksilöllistä oikeutta ja politiikkaargumentit ovat argumentteja, joiden tarkoituksena on perustella kollektiivisia tavoitteita. Periaatteiden suojaamat hyvät ovat luonteeltaan distributiivisia, jaettavia, kun taas tavoitteet koskevat ei jaettavissa olevia kollektiivisia hyviä. Poliittisessa päätöksenteossa moraaliperiaatetta voidaan perustella sillä, että se *kunnioittaa* tai *varmistaa yksilön* tai *ryhmän* oikeutta.[389]

Moraaliperiaatteeseen kuuluvat arvoelementit perustuvat nykyisen modernin oikeuden perusmuotoon, ja edellä ilmenneen mukaisesti perusoikeusjärjestelmäämme. Eettisillä ja moraalisilla syillä perusteltavien periaatteiden ensisijaisuutta voidaan pyrkiä tekemään ymmärrettäviksi myös *Hartin* teorian mukaisesti *luonnonoikeuden minimisisällöllä*. Se sisältää sellaiset elementit kuin tarve rajoittaa väkivaltaa, jota käytetään toisen surmaamiseksi tai fyysiseksi vahingoit-

---

[384] Ks. myös *Alexy*, s. 65.
[385] MacCormick sanoutuu kuitenkin jyrkästi irti Dworkinin politiikat–periaatteet-jaottelusta. *MacCormick*, *s.* 264.
[386] *Dworkin*, s. 22. Pöyhönen ryhmittelee oikeusperiaatteiden päätyypit terminologisesti *arvoperiaatteiksi ja tavoiteperiaatteiksi* tarkoittaen samaa. Ks. *Pöyhönen*, 1988, s. 54.
[387] *Huovila*, s. 29.
[388] Brusiin käsitteli oikeusperiaatteita vuonna 1938 julkaisemassaan väitöskirjassa ”Tuomarin harkinta normin puuttuessa”. Brusiinin mukaan ei voida ajatella oikeusperiaatteita, jotka olisivat voimassa oikeusjärjestyksen yläpuolella, enemmän tai vähemmän yleispätevinä ja ajattomina. Ne saattavat olla positiivisen oikeuden säädännäisissä normeissa nimenomaan formuloituina, tai ne saattavat sisältyä oikeusjärjestykseen formuloimattomina. Niiden velvoittava voima perustuu yhteisössä vallitsevaan oikeusvakaumukseen, samaan tekijään kuin kaikkien muidenkin oikeusnormien voimassaolo. Yleisten oikeusperiaatteiden voimassaolo rakentuu siis välittömästi yhteiskunnalliselle todellisuudelle, ja toisaalta nämä periaatteet paremmin kuin mitkään muut yhteiskunnalliset faktat kuvastavat konkreettisesti yhteisön tosiasiallista rakennetta. *Brusiin*, s. 157–162.
[389] *Dworkin*, s. 90.

tamiseksi (*Human vulnerability*), yhteisön jäsenten fyysisestä ja henkisestä kapasiteetista riippumaton keskimääräinen tasa-arvo (*Approximate equality*), rajallinen epäitsekkyys (*Limited altruism*) ja tietoisuus aina rajallisista resursseista *(Limited resources*) kaikkien tarpeiden tyydyttämiseen.[390]

Hartin luonnonoikeuden minimisisältö voidaan nykyisessä modernissa ajassa palauttaa sellaisiin perusoikeuksien ilmentämiin arvoihin, joita edustavat ihmisarvon loukkaamattomuus ja yhteiskunnassa oikeudenmukaisuus sekä perustavaa laatua olevat perusoikeudet kuten yhdenvertaisuus lain edessä, oikeus elämään (PL 1 §:n 2 momentti ja 7 §:n 1 momentti) ja oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon sille, joka ei kykene hankkimaan ihmisarvoisen elämän edellyttämää turvaa (PL 6 § ja 19 §:n 1 momentti).

Kun oikeusperiaatteista puhutaan oikeuslähteinä, niihin saatetaan nojautua, kun yksittäisessä ratkaisutilanteessa muodostetaan siinä sovellettavaa ratkaisunormia.[391] Kyse on silloin oikeusperiaatteiden käyttämisestä ratkaisunormeina kiperissä tilanteissa, kun selvää sääntöä ei ole löydettävissä. Normiriitojen ratkaisustandardit – *lex superior*, *lex posterior* ja *lex specialis* – soveltuvat ensisijaisesti oikeussääntöjen välisiin ristiriitoihin. Ne eivät välittömästi ratkaise periaateristiriitaa edes silloin, kun periaate on kirjattu lainsäädäntöön. Niillä voi tosin olla merkitystä periaatteiden painoarvoa arvioitaessa. Perustuslaissa, kuten perusoikeussäännöksissä, vahvistetuille periaatteille on yleensä annettava suurempi paino kuin periaatteille, jotka on kirjattu alemmanasteisiin säännöksiin.[392]

Yleisesti voidaan todeta, että oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden erilainen asema ratkaisutoiminnassa tiivistyy normiristiriidoissa. Kahden säännön törmätessä (sääntökonfliktissa) on ratkaistava, kumpi on voimassa. Sääntö on tässä mielessä ehdoton. Kahden periaatteen ristiriita puolestaan ratkaistaan konkreettisissa tilanteissa niiden painoarvoa punnitsemalla ilman, että kumpikaan niistä menettäisi pätevyyttään. Painoarvoltaan tärkeämmäksi katsottu periaate sivuuttaa vähämerkityksellisempänä pidetyn, vaikka viimeksi mainittu ei lakkaakaan

---

[390] Ks. *Hart*, 1994, s. 189–195.

[391] Tässä tutkimuksessa tukeudutaan sääntöjen ja periaatteiden periaatteellisen erottelun malliin, vaikka erottelua ei ole oikeustieteessä pidetty selvärajaisena. Ks. esimerkiksi *Klami*, 1997, s. 36.

Ks. *Pöyhönen*, 1988, s. 64 ss. Normien käyttöä selventää Pöyhösen tekemä jäsennys sopimusoikeuden näkökulmasta. Jäsennys soveltuu myös laajempaan käyttöön. Sopimusoikeuden normi voi olla *ratkaisunormi*, *ratkaisunormiin ohjaava* normi tai *ratkaisunormia täydentävä taikka täsmentävä normi*. Oikeudellinen ratkaisunormi on joko oikeusperiaate tai oikeussääntö. Jos ratkaisunormina on ainoastaan (yksi tai useampi) oikeusperiaate, on kysymyksessä kiperä tapaus. Tässä tutkimuksessa käytettävä terminologia eroaa Pöyhösen käyttämästä, vaikka periaatteiden käyttötapa on sinänsä sama. Esimerkiksi ratkaisunormia täydentävällä taikka täsmentävällä oikeusperiaatteella tarkoitetaan tässä tutkimuksessa tulkintaperiaatetta ja vastaavasti ratkaisunormiin ohjaavalla normilla oikeusperiaatetta, joka määrää, mitä oikeusnormia voi tai saa käyttää tulkinnassa.

[392] *Tuori*, 2004, s. 149 ss. ”Kiperä tilanne” vastaa Dworkin käyttämää ilmaisua ”*hard case*”. *Dworkin*, s. 83. Ks. esim. *Pöyhönen* 1988, oikeusperiaatteista ratkaisutoiminnassa, s. 65–69.

olemasta voimassa. Se antaa vain kokonaan tai osittain tilaa tärkeämmälle periaatteelle.[393]

Sosiaalipolitiikkaa toteuttavien tavoitteiden asettaminen tapahtuu ensisijaisesti lainsäätäjän toimesta, mutta myöhemmin tässä tutkimuksessa esitetyllä tavalla myös kunnallisessa päätöksenteossa.[394] Lainsäädännön nähdään siten toteuttavan poliittisessa päätöksenteossa asetettuja yhteisön taloudellista tai sosiaalista tilaa koskevia taikka täytäntöönpano-organisaatiota koskevia tavoitteita. Viimeksi mainittuja (pragmaattisia tavoitteita) ovat mm. taloudellisuus ja tehokkuus.[395] Lisäesimerkkeinä voidaan käyttää kansantalouden hyvää tilaa ja hyvää kansanterveyttä. Tällä tavoin määriteltynä tavoitteella voidaan ymmärtää samaa kuin mitä *Dworkin* tarkoittaa tavoiteperiaatteella (*policies*).

Tavoitteiden ja periaatteiden selkeä toistaan erottaminen ei ole *Dworkinin* moraalikytkennän perusteella aina käytännössä mahdollista. Lainsäätäjän koko yhteiskunnan tilaa koskeva lainsäädäntötyö voidaan nähdä myös eettisenä ja moraalisena kannanottona siihen, miten solidaarisuus, oikeudenmukaisuus ja tasa-arvo toteutuvat. Näihin tavoitteisiin kietoutuu myös pragmaattisia tavoitteita. Pragmaattiset tavoitteet tulisi lainsäätäjänkin työssä alistaa eettisten ja moraalisten perusteiden testiin.[396]

Periaatteiden tulee olla institutionaalistuneita eli niiden tulee saada tukea esimerkiksi laista, esitöistä tai oikeuskäytännöstä.[397] Eettisillä ja moraalisilla näkökohdilla on yleensä kiinnekohtansa ihmisoikeussopimuksissa ja kansallisen perustuslakimme perusoikeussäännöksissä. Toiseksi voidaan tukeutua erityisesti sosiaalihuollon lakien tavoite- ja periaatesäännöksiin, jotka perustuvat yksilöiden ja perheiden edun ensisijaisuuteen.

Sosiaalioikeuden yksilöllisessä päätöksenteossa on noudatettavana pääsääntö, jonka mukaan julkinen etu väistyy yksilön ja perheen asemaan liittyvien eettisten ja moraalisten näkökohtien tieltä. Yksilötason päätöksenteossa ja toiminnassa olettamus periaateristiriidoissa käy eettisesti tai moraalisesti perusteltavien

---

[393] *Alexy*, 2001, s. 49, s. 50 ss. ja 54. Ks. myös *Pöyhönen*, 1988, s. 65.

[394] Sosiaalipolitiikan määritelmissä lähdetään yleensä sosiaalipolitiikan tavoitteista. Tästä lähtökohdasta käsin sosiaalipolitiikkaan on tapana lukea julkisen vallan pyrkimykset ja toimenpiteet, jotka tähtäävät mm. perheiden ja yksilöiden palveluiden saatavuuden varmistamiseen. Ks. *Saari*, s. 299.

[395] Näin *Tuori*, 2004, s. 158.

[396] Tuorin mukaan yleisten *hallinto-oikeudellisten* ja *sosiaalioikeudellisten* periaatteiden tarkastelussa tavoite- ja moraaliperiaatteiden erottelu ei ole tarkoituksenmukaista. Esimerkiksi lainsäädännössä ilmaistut sosiaalihuollon tavoitteet voidaan muotoilla periaatteiksi, jotka ohjaavat päätöksentekoa ja muuta toimintaa. Periaatteet voidaan puolestaan muuntaa toiminnassa huomioon otettaviksi tavoitteiksi. *Tuori*, 2004, s. 150 ja 159.

[397] Ks. institutionaalisen tuen vaatimuksesta, *Tolonen*, 1989, s. 347 ss.

perusteiden hyväksi. Moraaliperiaatteelle annettava painoarvoa voidaan käyttää punnittaessa kussakin yksittäisessä päätöksentekotilanteessa erikseen.[398]

Tuorin näkemyksen mukaan hallinto-oikeudellisten ja sosiaalioikeudellisten periaatteiden erottelua ei ole syytä tehdä tavoite- ja moraaliperiaatteiden eron perusteella. Kanta on sikäli perusteltu, että esimerkiksi päihdepalvelujen järjestämiseen liittyy monenlaisia yhteiskunnallisia intressejä, jotka voidaan kuvata joko moraaliperiaatteina tai tavoiteperiaatteina. Näitä ovat tavoitteet, jotka perustuvat sosiaali- ja terveyspoliittisten, valtiontaloudellisten sekä kuluttaja- ja elinkeinopoliittisten intressien toteuttamiseen. Silloin ne koskevat koko yhteisöä. Yksilötasolla samat kysymykset voidaan kuvata moraaliperiaatteina: ”ihminen on aina arvokas ja inhimillisen huolenpidon arvoinen.”[399] Sosiaalioikeutta tarkastellessaan *Tuori* jaottelee periaatteet niiden keskinäisen etusijan määrittelemiseksi yhtäältä *pragmaattisesti* ja toisaalta *moraalisesti* perusteltuihin, kun periaatteita käytetään oikeudellisessa tulkinnassa, argumentaatiossa ja päätöksenteossa. Myöskään täsmällistä rajaa ”puhtaasti” oikeudellisten sekä ”ei-oikeudellisten” eettisten ja moraalisten periaatteiden välille ei voida vetää. Periaateargumentaatiossa on siksi merkitystä sellaisilla lähteillä, joita kirjallisuuden oikeuslähdeluetteloissa ei yleensä ole tapana mainita.[400]

Tämän tutkimuksen erityisenä haasteena on se, onko löydettävissä perusteita sille, että lainsäätäjän tekemässä taikka yksilöllisessä päätöksenteossa voitaisiin kunnioittaa *Tuorin* kansallisen lainsäädännön soveltamisessa perustelemaa periaatteen käyttötapaa myös siinä tilanteessa, jossa sovellettavaksi tulee Euroopan yhteisön oikeus. Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksessä ei ole yleistä säännöstä, jossa periaatteiden tietynlainen luonne olisi asetettu yhteisöjen tuomioistuimen toimivallan ehdoksi. Periaatteiden konstruoimista ja soveltamista ei ole tuomioistuimen käytännössä ollut välttämätöntä perustella. Legitiiminä pidetyn aseman periaatteet saavat yhteisön oikeudessa jo sen perusteella, että yhteisöjen tuomioistuin on niitä soveltanut.[401]

Perusoikeusmyönteisen tulkintametodin käsittelyn yhteydessä ilmeni jo se, että perusoikeus toimii ensisijaisesti oikeusperiaatteena. Perustuslain perusoikeusnormi voi kuitenkin toimia, ei ainoastaan oikeusperiaatteena, vaan myös oikeussääntönä. Kysymys on silloin perusoikeusnormin ns. loukkaamattomasta ytimestä. Tähän viittaa myös yhteisöjen tuomioistuin eräissä ratkaisuissaan. Perusoikeuksia on mahdollista kansallisesti rajoittaa yhteisön yleiseen etuun liittyvistä perustelluista syistä vain tiettyyn rajaan saakka. Rajoittaminen on mahdollista, ”kunhan näiden oikeuksien olennaista osaa ei rikota.” Tämä periaate ilmeni

---

398 Näin *Tuori*, 2004, s. 159 ss.
399 Ks. *Möttönen – Niemelä*, 2005, s. 182.
400 *Tuori*, 2004, s. 162.
401 *Tähti*, s. 476.

esimerkiksi hallituksen esityksestä liiketoimintakiellosta annetun lain muuttamisesta (HE 198/1996 vp, s. 26). Yrittämisen vapautta ei voida kokonaan kieltää, vaan sitä voidaan rajoittaa vain välttämättömistä ja perustelluista yhteiskunnallista syistä.[402]

5.3.2 Perusoikeuksien painoarvo punnintatilanteessa

Perusoikeussäännöksillä voi olla muiden tulkintavaikutuksiensa ohella periaatteiden luonteinen tulkintavaikutus alemmanasteisia normeja sovellettaessa. Samoin TSS-oikeussäännökset saattavat välittyä yksilöllisiin etuuspäätöksiin juuri tulkintaa ohjaavina periaatteina. Perusoikeussäännöksiä vastaava tulkintavaikutus voi niin ikään olla kansainvälisten ihmisoikeussopimusten määräyksillä.[403]

Periaatteita käytetään tulkittaessa lainsäädännön yleislausekkeita tai muita joustavia oikeusnormeja ilmaisevia säännöksiä. Tällöin se oikeusnormi, jonka sisältöä säännöksen tulkinnassa periaatteen avulla pyritään täsmentämään, saattaa olla ratkaisunormina luonteeltaan sääntö.[404] Perusoikeusmyönteinen tulkintatapa yhdistyy oikeusperiaatteita käyttävään tulkintamalliin siten, että perusoikeus toimii ratkaisutoiminnassa punnintaperiaatteena. Mitä runsaammin harkintasäännöksiä lainsäädännössä esiintyy, sitä suurempi merkitys on käytännössä oikeusperiaatteilla.[405]

Alexy pitää periaatteiden lisäpiirteenä sitä, että ne ovat optimointikäskyjä, ja tämä periaatteisiin liittyvä yleinen piirre erottaa ne säännöistä.[406] Periaatteet ovat normeja, joiden perusteella toteutetaan jotakin siinä määrin kuin on enimmillään tosiasiaseikat huomioon ottaen oikeudellisesti mahdollista. Siksi periaatteet ovat optimointikäskyjä. Lain suomien mahdollisuuksien alueen määrittelevät toistensa vastapainona olevat periaatteet ja säännöt.[407] *Alexy* ei tarkastele periaatteita lainkaan tavoitteiden ja periaatteiden eron näkökulmasta, vaan ainoastaan sään-

---

[402] HE 198/1996 vp, s. 26. Esitys koski mm. liiketoimintakiellosta annetun lain (1059/1985) muuttamista. Hallituksen esityksessä todettiin perusoikeusuudistuksen vaativan, että elinkeinonharjoittamisen vapautta (HM 15 § 1 mom.) voidaan rajoittaa lailla. Liiketoimintakiellolla ei pyritä puuttumaan yrittämisen vapauteen sinänsä, vaan estämään sellainen elinkeinovapauden väärinkäyttö, joka perustuu lainvastaisuuksiin ja muiden vahingoittamiseen. Liiketoimintakiellolla turvataan myös niiden yrittäjien toimeentulomahdollisuuksia, jotka harjoittavat liiketoimintaa asianmukaisesti.

Elinkeinon vapauden perusoikeuden ottamisella hallitusmuotoon on vahvistettu yrittämisen vapauden periaate, kun ammatti ja elinkeino on nimenomaan mainittu toimeentulon hankkimisen keinona. Ks. asia C-4/73, *Nold*, k. 14.

[403] *Tuori*, 2004, s. 161.

[404] *Tuori*, 2004, s. 150. Oikeusnormien ratkaisusäännöistä konfliktitilanteissa. *Scheinin*, s. 30 ss.

[405] Vrt. *Konstari*, 1979, s. 81. Konstari selvittää tutkimuksessaan *tarkoitussidonnaisuuden* periaatteen merkitystä hallintoviranomaisten harkintavallan rajoitusperiaatteena.

[406] Ks. Dworkinin teoria Alexyn hyödyntämänä, *Alexy*, 2002, s. 47–56.

[407] *Alexy*, 2000, s. 294 ss.

töjen ja periaatteiden kannalta. Kun hän käsittelee oikeusperiaatetta optimointikäskynä, raja yhteiskuntapoliittisiin tavoitteisiin hämärtyy. Mutta myös *Alexyn* teoriassa voidaan erottaa yhteiskuntapoliittiset tavoitteet ja periaatteet toisistaan. Tämän osoittavat *Alexyn* käyttämät esimerkit kollektiivisista hyvistä ja yhteiskuntapoliittisista tavoitteista: kansanterveyden edistäminen, energiahuollon turvaaminen ja työttömyyden vähentäminen. Kokoontumis- ja sanavapaus ovat sen sijaan oikeusjärjestyksen osina jotain olennaisesti enemmän kuin yhteiskuntapoliittisten tavoitteiden tapauskohtaista realisointia.[408]

Alexyn teoriaan oikeusperiaatteista optimointikäskyinä liittyy myös kysymys perusoikeuksien painoarvosta, kun oikeusperiaatteina toimivat sellaiset perustuslakiin (Saksan) sisältyvät perusoikeudet kuin ihmisarvo, vapaus, tasa-arvo, demokratia, oikeusvaltio ja sosiaalivaltio.[409] Jos perustuslaki tunnustaa edellä todetut kuusi periaatetta, tunnistaa se nykyaikaisen, ihmisjärjen postulaatteihin perustuvan oikeuden perusmuodot. Näiden normien periaateluonne on *Alexyn* mukaan siinä, että ne eivät ole merkityssisällöltään pelkkiä heikkoja (epämääräisiä, avoimia tms.) normeja. Niihin liittyy myös optimointivelvoite. Tämä velvoite on muodoltaan oikeudellinen, mutta sisällöltään aina moraalinen. Jokaisen periaatteen yhteentörmäystä voidaan yhtä hyvin kuvata (perus)arvojen yhteentörmäyksenä.[410]

Kiistatta on käynyt ilmi, ettei voida laatia sellaista ”kovaa” arvojen etusijajärjestystä, joka aina tarjoaisi perustan yhdelle ainoalle, oikeana pidettävälle vastaukselle. ”Kova” etusijajärjestys olisi mahdollista lukita vain edellytyksin, että arvojen/periaatteiden painoarvo ja tehokkuus (intensiteetti), jolla ne toteutetaan, voidaan ilmaista numeroin. Tällainen kardinaalijärjestys *Alexyn* mukaan kaatuu vääjäämättä siihen, ettei arvoille ja periaatteille voida ennakolta antaa lukuarvoja. Tästä tosiasiallisesta lähtökohdasta *Alexy* johtaa punnintalakinsa: periaatteet optimointikäskyinä on toteutettava oikeudellisten ja tosiasiallisten mahdollisuuksien rajoissa niin täydellisesti kuin on mahdollista. *Tosiasialliset* mahdollisuudet määräytyvät sen mukaan, mikä perustuslain mukaan on sopivaa ja tarpeellista. Tämä voidaan ilmaista ns. *pareto*-optimaalisuutena. Viittaus *oikeudellisiin* mahdollisuuksiin sen sijaan sisältää juuri mainitun harkintalain: mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä tai mitä enemmän sitä loukataan, sitä tärkeämpää on toisen periaatteen toteuttamisen oltava.[411] Samaa tarkoitetaan

---

[408] *Tolosen* vakuuttavan perustelun mukaan raja tavoitteiden ja periaatteiden (sääntöjen) välillä voidaan käydä yleistettävyyspostulaatin perusteella, joskin raja on suhteellinen, ei ehdoton eikä ”laadullinen”. Perusajatuksen mukaan yleistettävyysvaatimus koskee periaatteita (sääntöjä), mutta ei tavoitteita. Tällä tavoin *Alexy* näyttäisi tekevän eron moraali- ja tavoiteperiaatteiden välillä. Ks. Tolosen analysointia Alexysta, *Tolonen*, 1989, s. 360–362.

[409] Ks. myös punninnasta yhtäläisesti *Klami*, 1997, s. 37.

[410] *Alexy* 1989b, s. 624 ss.

[411] *Alexy* 1989b, s. 628.

sillä, että perustuslain sisältämien perusoikeuksien keskeisissä kollisiotilanteissa pyritään saavuttamaan mahdollisimman hyvä tasapainotilanne yhteen sovitettavien perusoikeusintressien välillä.[412]

Tuorin mukaan yksilötason päätöksenteossa ja käytännön toiminnassa oletamus periaateristiriidoissa tulisi käydä eettisesti ja moraalisesti perusteltavien periaatteiden hyväksi. Edellä todettu periaatteiden etusija on perusteltu valinta myös tässä sosiaalisia perusoikeuksien toteutumista arvioivassa tutkimuksessa sikäli, että mainituilla näkökohdilla on kiinnekohtansa ihmisoikeussopimuksissa ja kansallisen perustuslakimme perusoikeussäännöksissä. Mahdollista on tukeutua myös sosiaalihuollon lakien tavoite- ja periaatesäännöksiin, jotka perustuvat yksilöiden ja perheiden edun ensisijaisuuteen. [413]

Edellä todettu priorisointi on nähtävissä myös siten, että yksilölle sosiaali- ja terveyspalveluun turvatun oikeuden ollessa sovittamattomassa ristiriidassa kunnan taloudellisten tavoitteiden kanssa kunnan tulisi tehdä ratkaisu, jossa taloudelliset tavoitteet tulisi jättää toissijaisiksi. Periaate on sovellettavissa myös siten, että sosiaalisen perusoikeuden paino punnintatilanteessa olisi elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapausoikeutta suurempi. Miten sosiaalisen perusoikeuden vaikutus tulee määritellä siinä tilanteessa, kun vastakkain ovat yhteisön perustamissopimuksen vapausoikeudet? Tähän kysymykseen edellä todetulla painoarvomäärittelyllä ei voida vastata.

Euroopan yhteisön oikeus sisältää merkittävät yhteiskuntapoliittiset kannanotot, painottuneena yhteisöön taloudellisena yhteenliittymänä. Lyhyen aikavälin tavoite *yhteismarkkinoiden ja täydellisten sisämarkkinoiden luomisesta* on selvästikin poliittinen kannanotto talousjärjestelmän perustasta. Tavoitteena on edistää taloudellista ja sosiaalista kehitystä sekä työllisyyden korkeaa tasoa ja saavuttaa tasapainoinen ja kestävä kehitys. Tavoitteeseen liittyy tuotannontekijöiden, toisin sanoen työvoiman, pääomien sekä tavaroiden ja palvelujen vapaa liikkuvuus. Näillä perustamissopimuksen alkuun sisältyvillä yhteismarkkinoiden luomista ja jäsenvaltioiden talouspolitiikan asteittaista lähentämistä koskevilla tavoiteargumenteilla ei ole käytännössä välittömiä oikeusvaikutuksia ratkaistaessa konkreettisia tulkintakysymyksiä.[414]

5.3.3 Perusvapauksien ja perusoikeuksien rajoitusperusteet

Yhteisöjen tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisön oikeudessa tunnustettujen yleisten periaatteiden suojaamisesta johtuvat vaatimukset sitovat myös jäsenvaltioita silloin, kun ne panevat täytäntöön yhteisön oi-

---

412 Ks. *Viljanen*, 1999, s. 157.
413 Ks. *Tuori*, 1990, s. 7 ja *Tuori*, 2004, s. 150 ja 159.
414 Esimerkiksi ennakkoratkaisu C-260/89, *ERT*, k. 39–40.

keussääntöjä.[415] Tämän johdosta jäsenvaltioiden tulee mahdollisuuksiensa mukaan soveltaa näitä oikeussääntöjä siten, että vaatimuksia noudatetaan. Tuomioistuimen mukaan direktiivin toimeenpanossa jäsenvaltiolle jätetään perusoikeuksien suojelusta johtuvien vaatimusten kannalta riittävän laajaa harkintavaltaa.[416] Voisiko sosiaalisten perusoikeuksien toteuttaminen oikeuttaa edellä todettujen vapausperiaatteiden tai toisaalta perustuslakiin sisältyvien muiden perusoikeuksien rajoituksiin, mikäli sosiaali- ja terveyspalvelun kilpailuttaminen estäisi sosiaalisen perusoikeuden toteutumisen?

Olettamuksena tutkimuksen tässä vaiheessa voidaan pitää sitä, että sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluvat 49 artiklan vapausperiaatteen piiriin, sillä palveluilla 50 artiklan mukaan tarkoitetaan ”suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske”. Perustamissopimuksen 50 artiklan 1 kohdan mukainen palvelujen tarjoamisen vapaus on toissijainen muihin perusvapauksiin nähden, joten sitä on tutkittava ainoastaan, mikäli käsiteltävänä oleva asia ei kuulu sijoittautumisvapauden eikä pääomien liikkuvuuden soveltamisalaan.[417]

Perustamissopimuksen 49 artiklan mukainen vapausperiaate kieltää itsessään kaikki ne kansalliset rajoitukset, jotka koskevat muuhun yhteisön valtioon kuin palvelujen vastaanottajan valtioon sijoittautuneen jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja. Kyseisen vapausoikeuden lähtökohtana on, että toisesta jäsenvaltiosta olevan palvelujen tarjoajan tulee täyttää sen maan, jossa palvelu vastaanotetaan, lainsäädännön vaatimukset. Rajoitukset ovat kiellettyjä, mikäli nämä pakottavat vaatimukset on jo täytetty säännöillä, joita ulkomaisiin palvelujen tarjoajiin sovelletaan siinä jäsenvaltiossa, johon he ovat sijoittautuneet.[418] Vastaava kielto sisältyy myös sijoittautumisvapautta koskevaan 43 artiklaan. Sijoittautumisvapaus sisältää sen, että yhteisön kansalaisilla on oikeus harjoittaa ja ryhtyä harjoittamaan itsenäistä ammattia sekä oikeus perustaa ja johtaa yrityksiä niillä samoilla edellytyksillä, jotka sijoittautumisvaltion lainsäädännön mukaan koskevat sen kansalaisia.[419]

Palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteen noudattaminen edellyttää sitä, että palveluja vastaanottava valtio ei esimerkiksi kyseisiä palveluja koskevien toimilupahakemusten tutkimisessa ja myöntämisessä suorita mitään erottelua tarjoajien kansalaisuuden tai heidän sijoittautumispaikkansa mukaan. Palvelujen

---

[415] *Kalima*, 2001, s. 32–42 ja komission tulkitseva tiedonanto 12.4.2000 käyttöoikeussopimuksista, s. 16. Perustamissopimuksen ja hankintasääntöjen välisestä suhteesta *Arrowsmith*, 2005, s. 181–247.

[416] Asia C-540/03, *Euroopan parlamentti vs. neuvosto*, k. 104 ja 105.

[417] Julkisasiamies asiassa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, k. 32.

[418] Asia C-279/80, *Webb*, k. 20 ja asia C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ym.*, k. 13 ja 14.

[419] Asia C-212/97, *Centros*, k.19.

tarjoamisen vapautta voidaan rajoittaa ainoastaan sellaisilla säännöillä, jotka ovat perusteltavissa yleisellä edulla. Lupaviranomaisen on otettava huomioon ne perustelut ja takuut, jotka palvelujen tarjoaja on jo esittänyt toimintansa harjoittamiseksi siinä jäsenvaltiossa, johon hän on sijoittautunut.[420] Yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on nähtävissä siten, että kansallinen viranomainen voi asettaa välttämättömistä yleisen edun suojaamisen syistä vaatimuksia, jotka ovat tiukempia kuin toisessa jäsenmaassa, mutta näiden tulee koskea yhtäläisesti sekä oman maan että toisen jäsenmaan kansalaisia ja yrityksiä.

Sijoittautumisvapauden rajoittaminen ja palvelujen tarjonnan vapauden rajoitukset ovat sallittuja ainoastaan, jos rajoittamisella pyritään perustamissopimuksen mukaiseen lailliseen tavoitteeseen ja jos se voidaan perustella yleistä etua koskevilla pakottavilla syillä. Lisäksi tällöin on välttämätöntä, että rajoittamisella voidaan taata sillä tavoitellun päämäärän saavuttaminen ja ettei sillä ylitetä sitä, mikä on tarpeen kyseisen päämäärän saavuttamiseksi.[421]

Perustamissopimuksen tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevien 28 ja sitä seuraavien artikloiden rajoitusperiaatteet ilmenevät 30 artiklasta. Näitä ovat mm. julkinen moraali, yleinen järjestys, ihmisten ja eläinten tai kasvien terveyden suojelu, ja ne kuvastavat yhteiskunnan ja sen jäsenten suojaamista koskevaa tärkeää tarvetta. Perustamissopimuksen 43 ja 49 artiklan mukaisten oikeuksien rajoittamisen mahdollisuus sisältyy erikseen 46 artiklaan.[422] Artiklan 46 mukaan sijoittautumisvapautta koskevan luvun määräykset eivät rajoita niiden lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten soveltamista, joiden mukaan ulkomaalaisiin sovelletaan erityissääntelyä yleisen järjestyksen tai turvallisuuden taikka kansanterveyden perusteella.[423] Artiklan 55 viittaussäännöksen johdosta edellä mainittuja 45 ja 46 artiklan poikkeussääntöjä sovelletaan siis myös palvelujen tarjonnan vapauden rajoittamiseen.[424]

Jäsenvaltioilla on kuitenkin ollut tarve pitää voimassa ja soveltaa palvelujen tarjoamisen vapautta rajoittavia toimenpiteitä myös muiden kuin perustamissopimuksessa nimenomaisesti mainittujen perusteiden nojalla. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan rajoitustoimenpiteet voivat olla oikeutettuja myös yleistä etua koskevista pakottavista syistä.[425] Oikeuskäytännön mukaan

---

420 Asia C-279/80, *Webb*, k. 20.
421 Asia C-411/03, *SEVIC Systems AG*, k. 23.
422 Esimerkiksi asia C-76/90, *Säger*, k. 15.
423 Yleistä etua koskevien perusteiden soveltamisedellytyksistä *Kaila*, 2003a, s. 307.
424 Asia C-264/03, *komissio v. Ranska,* k. 66 ja 69. Kohdassa 67 tuomioistuin lisäksi huomauttaa, että jäsenvaltio ei voi asettaa alueellaan tapahtuvan palvelujen suorituksen edellytykseksi kaikkien sijoittautumiselle asetettujen vaatimusten täyttämistä, sillä muuten perustamissopimuksen määräyksiltä, joilla pyritään varmistamaan palvelujen tarjonnan vapaus, vietäisiin niiden tehokas vaikutus. Tuomioistuin asettaa erityisten kansallisten vaatimusten asettamiselle rajoja.
425 Esimerkiksi asia C-243/01, *Gambelli*, k. 60.

yleisen edun mukaisia tavoitteita ovat mm. yhteiskunnallisen järjestyksen säilyttäminen ja sosiaaliturvajärjestelmän taloudellisen järkkymisen vakavan vaaran torjuminen.[426]

Perustamissopimuksen 45 artiklan mukaan sijoittautumisvapautta koskevan luvun määräyksiä ei sovelleta toimintaan, joka jatkuvasti tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön asianomaisessa jäsenvaltiossa. Artiklaa sovelletaan 55 artiklan viittaussäännöksen perusteella yhtäläisesti myös palvelun tarjonnan vapautta koskevan luvun säännöksiin. Julkisen vallan käyttö tarkoittaa niiden tehtävien toteuttamista, jotka kansallisen oikeusjärjestyksen mukaan kuuluvat selvästi viranomaiselle.[427] Artiklan 45 tarkoituksena on, että jäsenvaltio voi estää toisten jäsenvaltioiden pääsyn käyttämään sen julkista valtaa.[428]

Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan viranomaistoimintaan kuuluvat toiminnot, jotka ovat valtiolle ja vain valtiolle keskeisesti kuuluvia toimintoja.[429] Kansallisen oikeuden näkökulmasta viranomaisille on ominaista se, että ne käyttävät julkista valtaa – toisin sanoen mm. käyttävät julkista pakkovaltaa, tekevät kansalaisten ja yhteisöjen oikeudellista asemaa muovaavia hallintoratkaisuja ja muita päätöksiä mahdollisesti säännellyssä hallintomenettelyssä sekä harjoittavat ns. tosiasiallista hallintotoimintaa.[430]

Viranomaisenkaan tuottama palvelu ei yksin tarkoita sitä, että siinä olisi kyse julkisen vallan käytöstä. Yhteisöjen tuomioistuimen *Ranskaa* koskeneen ennakkoratkaisun C-264/03 perusteella voidaan havaita, että viranomaisen palvelun tuottamiseen liittyvän määräysvallan käyttäminen sen sijaan on julkisen vallan käyttöä. Julkisen vallan vastuusta on kyse myös silloin, jos kyse on ”sisäisen” hallinnon rakenteesta, millä tuomioistuin tarkoitti sidosryhmähankintaa. Toimeksiannon saajan tulee olla toimeksiantajan määräysvallassa, joka vastaa sitä määräysvaltaa, joka sillä on omiin yksikköihinsä nähden.[431] Perustamissopimuksen 45 artiklan poikkeus sijoittautumisvapaudesta ja palvelujen tarjoamisen vapaudesta on rajoitettava koskemaan vain toimintaa, johon jo sinänsä liittyy suora ja erityinen osallistuminen julkisen vallan käyttöön.[432]

Myöskään perusoikeudet eivät ole ehdottomia, vaan niitä voidaan rajoittaa, kunhan rajoitukset tosiasiassa palvelevat yleisen edun mukaisia yhteisön tavoitteita eikä niillä puututa perusoikeuksiin tavoitellun päämäärän kannalta suhteet-

---

[426] Ks. yleistä etua koskevia tavoitteita koskevan opin syntytaustasta *Kaila*, 2003a, s. 305 ss.
[427] Esimerkiksi asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 25 ja 51.
[428] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 483.
[429] Asia C-343/95, *Calì & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova*, k. 23.
[430] *Kalima*, 2001, s. 48. Artiklan 45 vastaavasta soveltamisesta *Craig – Burcá*, 1998, s. 687.
[431] Esimerkiksi asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 50 ja asia C-107/98, *Teckal*, k. 50.
[432] Ennakkoratkaisussa C-272/91, *komissio vs. Italia*, k. 5, yhteisöjen tuomioistuin totesi, ettei viranomainen ollut arpajaisten automatisointia koskevalla toimiluvalla siirtänyt 55 (nykyisin 45) artiklan tarkoittamaa julkista valtaa toimiluvan haltijalle.

tomasti ja tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla loukattaisiin näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä. Tämän tutkimuksen kannalta on tärkeää havaita, että jäsenvaltioiden on otettava huomioon EU:n perusoikeudet tilanteessa, jossa ne ovat rajoittaneet jotain perustamissopimuksessa turvatuista neljästä taloudellisesta vapausoikeudesta.

> Ennakkoratkaisun *ERT* C-260/89 mukaan erityisesti silloin, kun jäsenvaltio vetoaa 56 ja 66 (nykyisin 46 ja 55) artiklan määräyksiin sellaisen kansallisen lainsäädännön perustelemiseksi, joka on omiaan rajoittamaan palvelujen tarjoamisen vapauden käyttämistä, näiden yhteisön oikeudessa sallittujen oikeuttamisperusteiden osalta tulkinnassa on otettava huomioon yleiset oikeusperiaatteet ja erityisesti perusoikeudet. Kyseiseen kansalliseen säännöstöön voidaan siten soveltaa 56 ja 66 artiklan määräyksissä tarkoitettuja poikkeuksia ainoastaan silloin, kun se on niiden perusoikeuksien mukainen, joiden noudattamista yhteisöjen tuomioistuin valvoo.
>
> Tuomioistuimen mukaan edellä mainituissa artikloissa tarkoitettuja määräyksiä yleisen järjestyksen ja turvallisuuden sekä kansanterveyden perusteella on arvioitava Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 artiklassa taatun sananvapauden yleisen periaatteen valossa. Tuomioistuin totesi tukeutuvansa jäsenvaltioiden yhteiseen valtiosääntöperinteeseen ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin ja -asiakirjoihin, joiden syntyyn jäsenvaltiot ovat vaikuttaneet tai joihin ne ovat liittyneet. Tästä seurasi, ettei yhteisössä hyväksytä näin tunnustettujen tai taattujen ihmisoikeuksien kunnioittamisen kanssa ristiriitaisia toimenpiteitä.[433]

> Ennakkoratkaisun *Nold* C-4/73 mukaan, jos omistusoikeus on varmistettu kaikkien jäsenvaltioiden valtiosääntöoikeudessa ja jos vastaavat takeet on myönnetty kaupankäynnin, työn ja muun ammatillisen toiminnan vapaalle harjoittamiselle, edellä mainitulla tavalla taatut oikeudet eivät suinkaan ole ehdottomia määräyksiä, vaan niitä on tarkasteltava ottaen huomioon suojellun omaisuuden ja toiminnan sosiaalinen tehtävä. Tästä syystä edellä mainitun kaltaiset oikeudet taataan ainoastaan, jollei yleisestä edusta aiheutuvista rajoituksista muuta johdu. Yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan on laillista soveltaa kyseisiin oikeuksiin tiettyjä yhteisön yleisen edun tavoitteilla perusteltuja rajoituksia, kunhan näiden oikeuksien olennaista osaa ei rikota.[434]

Rajoituksia sisältävä kansallinen lainsäädäntö sellaisenaan on oltava perusteltavissa yhteisön oikeuden hyväksymillä periaatteilla, toisin sanoen on esitettävä kysymys, onko kyseinen vapausperiaatteiden rajoituksia sisältävä lainsäädäntö

---

[433] Asia C-260/89*, ERT*, k. 41–44. Ks. 49 artiklan rajoitusperiaatteista *Blum – Logue*, 1996, s. 133–136.

[434] Asia C-4/73, *Nold*, k. 14. Hartley toteaa oikeuskäytännön perusteella, ettei yhteisöjen tuomioistuin välttämättä turvaa perusoikeutena (rule of law) oikeutta, jos se on turvattu jossain jäsenmaassa perusoikeutena, tai vaikkapa suurimmassa osassa jäsenmaita. *Hartley*, 2003, s. 138.

perusteltu kansanterveyden suojelemiseksi.[435] Tämä ilmenee mm. edellä esillä olleesta yhteisöjen tuomioistuimen asiassa *ERT* C-260/89 antamasta ennakkoratkaisusta.[436] Sama koskee yhteisön oikeuden tunnustaman poikkeusperusteen soveltuvuutta siinäkin tilanteessa, kun poikkeusperusteeseen vedotaan kansalliseen oikeuden takaaman perusoikeuden turvaamiseksi.[437]

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan kaikki perusoikeudet eivät nauti samanlaista suojaa suhteessa perustamissopimuksen turvaamiin perustavaa laatua oleviin vapausperiaatteisiin. Tämän tuomioistuin totesi selkeästi *Schmidberger* C-112/00 -ratkaisussa.

> Ennakkoratkaisun *Schmidberger* C-112/00 mukaan Euroopan ihmissoikeussopimuksen takaama oikeus elämään tai kielto kohdella ja rangaista ihmisiä epäinhimillisellä tavalla ovat rajoittamattomia oikeuksia. Sen sijaan esimerkiksi sananvapautta koskeva oikeus ja oikeus kokoontua vapaasti rauhanomaisessa tarkoituksessa eivät ole ehdottomia oikeuksia, vaan ne on suhteutettava siihen tehtävään, joka niillä on yhteiskunnassa. Tästä syystä viimeksi mainittuja oikeuksia voidaan rajoittaa, kunhan rajoitukset tosiasiassa palvelevat yleisen edun mukaisia tavoitteita eikä niillä puututa suojattuihin oikeuksiin rajoituksilla tavoitellun päämäärän kannalta suhteettomasti ja tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla loukattaisiin näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä.[438]

Tuomioistuimen johtopäätöksenä oli, ettei perustamissopimuksen 30 ja 34 (nykyisin 28 ja 30) artiklan vastaista ollut se, etteivät kansalliset viranomaiset olleet kieltäneet kokoontumistilaisuutta kysymyksessä olleen kaltaisissa olosuhteissa. Ratkaisun mukaan tuli sovittaa yhteen vaatimukset perusoikeuksien suojaamisesta yhteisössä ja toisaalta perustamissopimuksessa taatusta perusvapaudesta johtuvat vaatimukset, ja erityisesti siitä, mitkä ovat Euroopan ihmisoikeussopimuksen 10 ja 11 artiklassa taattujen sananvapauden ja kokoontumisvapauden ja tavaroiden vapaan liikkuvuuden ulottuvuudet silloin, kun sananvapauteen ja kokoontumisvapauteen vedotaan tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevan rajoituksen perustelemiseksi.[439]

Tuomioistuimen lisähuomautus (ratkaisussa *Nold* C-4/73) yhteisön oikeuden ”ideasta” on varsin perustavaa laatua: erityisesti yritykselle myönnettyjä takeita ei voida missään tapauksessa ulottaa koskemaan kaupankäyntiin liittyvien etujen tai mahdollisuuksien suojelemista, sillä epävarmuus kuuluu taloudellisen toi-

---

[435] Yhdistetyt asiat C-1/90, ja C-176/90, *Aragonesa*, k. 10–22.
[436] Asia C-260/89, *ERT*, k. 43–45.
[437] Ks. *Rosas*, 1999a, s. 912–14.
[438] Asia C-112/00, *Schmidberger*, k. 80.
[439] Ks. asia C-112/00, *Schmidberger*, erityisesti k. 77.

minnan luonteeseen.[440] Tuomioistuin on suhtautunut erityisen epäilevästi jäsenvaltion vetoamiseen kansanterveyteen, jos oikeus on pitänyt perusteluita vain kansallisen protektionistisen politiikan ilmentymänä.[441]

Perusoikeuksien suojelemiseksi jäsenvaltio voi ottaa käyttöön toisenlaisen suojamekanismin kuin mistä toinen tai toiset jäsenvaltiot ovat päättäneet. Tämän ilmaisi tuomioistuin aikaisemman oikeuskäytännön mukaisesti ennakkoratkaisussa *Omega* C-36/02.

> Jäsenvaltion asianomainen viranomainen oli kieltänyt yleisen turvallisuuden tai järjestyksen perusteella simuloitua tappamista ja väkivaltaa sisältävän pelitoiminnan harjoittamisen perustuslain vastaisena. Kysymys ratkaisussa oli siitä, onko yhteisön oikeuden kanssa sopusointuista se, että jokin taloudellinen toiminta, siten elinkeinon ja ammatin harjoittamisen oikeus, kielletään kansallisessa perustuslaissa vahvistettujen oikeuksien – kuten kyseessä olleessa asiassa ihmisarvon – suojaamiseen perustuvista syistä.[442]

> *Omega*-ratkaisussa oli kysymys myös siitä, edellyttääkö jäsenvaltiolla oleva toimivalta rajoittaa tällaisista syistä perustamissopimuksessa suojattuja perusvapauksia sitä, että tämä rajoitus perustuu *kaikille jäsenvaltioille* yhteiseen oikeuskäsitykseen. Kielto kohdistui rajoittamattomasti sekä oman että toisen jäsenmaan kansalaisiin. Vastauksena tähän tuomioistuin totesi, että kansallisilla toimivaltaisille viranomaisilla on tietty harkintavalta perustamissopimuksessa asetettujen rajoituksin, sillä ne erityisolosuhteet, joilla voidaan turvautua yleisen järjestyksen käsitteeseen, voivat vaihdella maasta ja aikakaudesta toiseen.[443]

---

[440] Asia C-4/73, *Nold* II, k. 12–14.

[441] Näin esimerkiksi asiassa C-40/82, *komissio v. Yhdistyneet kuningaskunnat*, k. 37 ja 40. Sijoittautumisvapautta koskeva vastaava ratkaisu asiassa C-352/85, *Bod van Adverteerders*, k. 32 ja 33. Palvelujen liikkuvuutta koskeva ratkaisu asiassa C-288/89*, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ym,* k. 13 ja 15.

[442] Vrt. yhdistyt asiat C-338/04, C-359/04 ja C-360/04, *Placanica ym.*, k. 48. Tässä ratkaisussa oli kyse rahapelipalvelujen liikkuvuudesta. Ratkaisun mukaan, vaikka jäsenvaltiot voivat vahvistaa vapaasti rahapelialan politiikkansa tavoitteet ja tarvittaessa määritellä täsmällisesti tavoitellun suojan tason, niiden asettamien rajoitusten on kuitenkin täytettävä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetetut edellytykset niiden oikeasuhtaisuuden osalta. Kyseisessä tapauksessa jäsenvaltio perusteli rajoituksia rikollisuuden ehkäisemisellä.

[443] Alanen on tutkinut erityisesti tavaroiden vapaata liikkuvuutta. Alasen mukaan yhteisöjen tuomioistuin ei ole viime vuosina ryhtynyt suorittamaan suhteellisuusvertailua tai -testiä, vaan on pitäytynyt ”välttämättömyyden tutkimisessa”. Toisaalta viimeksi mainitussa voidaan nähdä suhteellisuustestin elementtejä. Toisaalta Alanen toteaa, että vaikka asiaratkaisun tekeminen kuulukin kansalliselle tuomioistuimelle, käytännössä EY:n tuomioistuin ratkaisee ennakkoratkaisumenettelyssä usein yksiselitteisesti kansallisen toimenpiteen suhteellisuusperiaatteen mukaisuuden. Erityisesti 1990-luvulla tuomioistuin alkoi kuitenkin jättää suhteellisuusperiaatteen soveltamisen yhä useammin kansalliselle tuomioistuimelle ja pitäytyi itse tulkintaperiaatteiden selventämisessä. Tätä on kritisoitu sillä perusteella, että se johtaa hyvin vaihtelevaan käytäntöön. Ks. *Alanen*, 2002, s. 117 ss. Tuomioistuimen oikeuskäytäntö ei anna täysin johdonmukaista kuvaa periaatteesta, ja viime vuosina tuomioistuin on jättänytkin suhteellisuuden lopullisen arvioinnin ennakkoratkaisua

Myös *Omega*-tapauksessa tuomioistuin totesi perusoikeuksien olevan erottamaton osa yleisiä oikeusperiaatteita, joiden noudattamista yhteisöjen tuomioistuin valvoo. Tuomioistuimen mukaan ei ollut epäilystäkään siitä, että ihmisarvon suojaamisen tavoite on sopusoinnussa yhteisön oikeuden kanssa. Tältä osin merkitystä ei ollut sillä, että Saksassa ihmisarvon kunnioittamisen periaatteella on myös erityinen asema itsenäisenä perusoikeutena. Koska sekä yhteisön että jäsenvaltioiden on kunnioitettava perusoikeuksia, näiden oikeuksien suojelu on perusteltu intressi, jonka vuoksi yhteisön oikeudessa asetettujen velvoitteiden eli jopa tavaran vapaan liikkuvuuden kaltaisista perustamissopimuksessa taatuista perusvapauksista johtuvien velvoitteiden rajoittaminen voi lähtökohtaisesti olla perusteltua.[444]

Perustamissopimuksen 30 artiklaa ei voida soveltaa enää sen jälkeen, kun kyseistä kysymystä koskevat lainsäädännöt on harmonisoitu.[445] Esimerkkinä tästä on yhteisöjen tuomioistuimen kanta, jonka mukaan kansallisia rajoituksia ei voisi olla enää sen jälkeen, jos alkoholijuomien mainonnasta olisi annettu yhteisön yhteiset säännöt.[446] Mikäli yhteisö on antanut 94 artiklan mukaisesti kansallisten lainsäädäntöjen lähentämiseksi direktiivin, joka sisältää jo itsessään säännöt 30 artiklan ja vastaavasti 46 artiklan soveltamisesta, ei niistä ole mahdollista poiketa kansallisella lainsäädännöllä. *Subsidiariteettiperiaate* huomioon ottaen näin pitkälle menevän puuttumisen kansalliseen päätösvaltaan ei voida katsoa olevan tarpeellista.[447]

Perustuslakivaliokunta katsoi perusoikeusuudistusta koskeneessa mietinnössään (PeVM 25/1994, s. 5), että perusoikeuteen voidaan yleensä tietyin edellytyksin säätää tavallisella lailla rajoituksia myös silloin, kun tästä mahdollisuudesta ei perusoikeusäännöksessä ole erityisesti säädetty. Laissa olevien rajoitusten on oltava tarkkarajaisia ja riittävän täsmällisesti määriteltyjä, eikä lailla voida säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.[448] Perustuslakivaliokunta

---

pyytäneelle tuomioistuimelle. Artiklan 5 kolmannen kappaleen mukainen *läheisyysperiaate* puoltaa tätä ratkaisua. Ks. *Allroth*, s. 56 ss.

444 Asia C-36/02, *Omega*, k. 23, 30–40.

445 Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 433–444, mistä ilmenee eri kohtien soveltamisedellytykset. Oikeuskäytännössä on tukeuduttu ennakkoratkaisuun asiassa C-120/78, *Cassis de Dijon*.

446 Ks. alkoholimainontaa koskevat yhdistetyt asiat C-1/90, ja C-176/90, *Aragonesa*, k. 10.

447 Yhteisön toimivallan kannalta 30 artiklan soveltaminen aiheuttaa kuitenkin tulkintaongelmia. Perustamissopimuksen 95 artiklan 4 kohta antaa mahdollisuuden poiketa direktiivin määräyksistä. Jäsenvaltion tulee sen mukaan direktiivin säätämisen jälkeen, halutessaan ylläpitää 30 artiklan perusteella kansallisen rajoitustoimenpiteen, antaa siitä tieto siitä komissiolle. Komission tulee määräajassa ilmoittaa, hyväksyykö vai hylkääkö se kansalliset säädökset. Artiklaan 95 ei sisälly vastaavaa viittausta 46 artiklaan.

448 Ks. lisäksi *Tuori*, 2004, s. 206. Hidén on perusoikeuksia koskevassa artikkelissaan perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön ja oikeustieteellisten lausuntojen kehittymisen perusteella todennut, ettei kaavamainen kiinnittyminen perustuslakivaliokunnan mietinnössä (25/1994 vp.) olevaan listaan ole perusteltua. Lista ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi luetteloksi, vaan sen ulkopuolella

viittasi mietinnössään siihen, että perusoikeuksien sallitut rajoitusedellytykset määräytyvät osaksi perusoikeuksia koskevien yleisten oppien mukaisesti ja osaksi eräisiin perusoikeusäännöksiin liittyvien, luonteeltaan *kvalifioitujen* lakivarausten perusteella. Yleisiin oppeihin liittyy myös valiokunnan toteamus yhteiskunnallisten intressien punninnan välttämättömyydestä.

5.4 SUHTEELLISUUSPERIAATTEEN KÄYTTÖ TULKINNASSA

Perustamissopimuksessa *suhteellisuusperiaatteen* perusta on perustamissopimuksen 5 artiklan 3 kohdassa, jossa todetaan, ettei yhteisön toiminnassa saada ylittää sitä, mikä on tarpeen perustamissopimuksen tavoitteiden saavuttamiseksi.[449] *Suhteellisuusperiaatteeseen* viittaaminen on myös vakioargumentti yhteisöjen tuomioistuimen päätöksissä tapauksissa, joissa on käsitelty jäsenvaltioille sallittuja rajoituksia ja poikkeuksia neljästä perusvapaudesta.[450]

Kansallisesti suhteellisuusperiaate sisältyy perustuslakivakiokunnan mietintöön (PeVM 25/1994 vp s. 5) ja eräisiin sitä edeltäneisiin valiokunnan lausuntoihin. Perustusvaliokunnan mukaan perusoikeuksia koskevien rajoitusten tulee olla välttämättömiä hyväksyttävän tarkoituksen saavuttamiseksi ja perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole saavutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin. Rajoitus ei saa mennä pitemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.[451]

Suhteellisuusperiaate sisältyy hallintolain (434/2003) 6 §:ään. Sen sisältöön kuuluu kolme peruselementtiä, joiden mukaan konkreettisen toimen suhteelli-

---

voi olla – ja pitää voida vapaasti kehittyä – myös muita näkökohtia. Rajoitusperusteen hyväksyttävyyttä ja yhteiskunnallisen tarpeen painavuutta koskeva vaatimus voi olla käytännössä erittäin joustava. Kun toisin sanoen vakaa enemmistöhallitus esittää jotakin lainmuutosta, on hyvin epätodennäköistä, että eduskunnassa ja perustuslakivaliokunnassa päädyttäisiin katsomaan, ettei ehdotukselle ole riittävän painavia yhteiskunnallisia perusteita. *Hidén*, 2002, s. 1183 ss.

[449] Ks. *Joutsamo ym.*, s. 39–43 ja *Mäenpää*, 2001, s. 213–221. Asia C-7/68, *komissio v. Italia* (päätös numeroimaton).

[450] *Shaw*, s. 339.

[451] PeVM 25/1994 vp, s. 5. Vrt. Euroopan perusoikeuskirjaan sisältyvä rajoituslauseke (II-112 artiklan 1 kohta): ”Tässä perusoikeuskirjassa tunnustettujen oikeuksien ja vapauksien käyttämistä voidaan rajoittaa ainoastaan lailla, ja kyseisten oikeuksien ja vapauksien olennaista sisältöä noudattaen. Suhteellisuusperiaatteen mukaisesti rajoituksia voidaan tehdä ainoastaan, jos ne ovat välttämättömiä ja vastaavat tosiasiallisesti unionin tunnustamia yleisen edun mukaisia tavoitteita tai tarvetta suojella muiden henkilöiden oikeuksia ja vapauksia.”

Ks. perusoikeuksien rajoittamisesta *Viljanen*, 1999, s. 157 ss.

suutta arvioidaan. Toimen on ensinnäkin oltava hallinnon kannalta asianmukainen ja tehokas sekä sopiva *suhteessa perusteltuun tavoitteeseen tai päämäärään*, jota sillä pyritään toteuttamaan. Periaatteen toisena konkreettisempana elementtinä on toimen *tarpeellisuuden* ja *välttämättömyyden* arviointi erityisesti sen kohteen etujen ja oikeuksien kannalta. Oikeana mittana voidaan yleensä pitää *kohtuullisuutta* sekä velvoitteiden asettamisessa että etujen myöntämisessä. Kolmanneksi periaate edellyttää toimien oikeasuhtaisuutta. Silloinkin kun toimiin sisältyy rajoittavia tai muuten negatiivisia vaikutuksia, ne eivät saa sisältää enempää yksityisen oikeuksien rajoituksia tai yksityiseen kohdistuvaa pakkoa kuin on välttämätöntä toimenpiteen tavoitteiden saavuttamiseksi.[452]

> Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisun *Gebhard* C-55/94 mukaan sellaisten kansallisten toimenpiteiden, jotka voivat 46 artiklan hyväksymällä tavalla haitata perustamissopimuksessa taattujen perusvapauksien käyttämistä tai tehdä näiden vapauksien käyttämisestä vähemmän houkuttelevaa, on täytettävä neljä edellytystä: *niitä on sovellettava ilman syrjintää*, *niitä on voitava perustella yleiseen etuun liittyvillä pakottavilla syillä*, *niiden on oltava omiaan takaamaan niillä tavoiteltavan päämäärän toteuttaminen*, *eivätkä ne saa puuttua perusvapauteen enemmän kuin mikä on tarpeen tämän päämäärän saavuttamiseksi*.
>
> Kun tietyn toiminnan harjoittamiseen ryhtymiselle tai harjoittamiselle on vastaanottavassa jäsenvaltiossa asetettu tiettyjä ehtoja, toisen jäsenvaltion kansalaisen, joka aikoo harjoittaa tätä toimintaa, on periaatteessa noudatettava näitä ehtoja.[453]

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kehitetty *sopivuustesti* (”*suitability test*”) ilmenee ennakkoratkaisusta *Gambelli* C-243/01.

> Sen mukaan toimenpiteen tulee faktisesti edistää tavoitteen saavuttamista. Testi toteuttaa suhteellisuusperiaatteen käyttöä. Tuomioistuin painotti sitä, että rajoitusten tuli toimia (vedonlyönti)palvelujen rajoittamisessa johdonmukaisella ja systemaattisella tavalla. Soveltamisen tulee olla objektiivista, se ei saa olla mielivaltaista.[454]

Kansallisten säännösten soveltamisella muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneisiin palvelujen tarjoajiin *on voitava saavuttaa se tavoite*, johon säännöksillä pyritään, *eikä soveltamisella saa ylittää sitä, mikä tämän tavoitteen saavuttamiseksi on välttämätöntä*. Viimeksi todettu merkitsee sitä, ettei samaa lopputulosta

---

[452] Ks. *Mäenpää*, 2003, s. 169. Samassa yhteydessä sovellettavaksi tulevat myös muut hallinnon oikeusperiaatteet, kuten yhdenvertaisuus, tarkoitussidonnaisuus, objektiivisuus ja luottamuksensuoja. Ks. *Mäenpää*, 2003, s. 162 ss.

[453] Asia C-55/94, *Gebhard*, k. 37, 37 ja 39.

[454] *Straetmansin* analyysi ennakkoratkaisuista C-6/01, *Anomar*, C-243/01, *Gambelli* ja C-42/02, *Lindman*, 2004, s. 1421–1424.

voida saavuttaa vähemmän rajoittavilla oikeussäännöksillä.[455] Sama asia voidaan ilmaista myös siten, että kansallisen toimenpiteen täytyy vastata pienimmän mahdollisen asiaan puuttumisen periaatetta.[456]

Alexyn mukaan oikeusperiaatteiden luonne (olemus) ilmentää suhteellisuusperiaatetta ja päinvastoin. Se tosiasia, että periaateteoria ilmentää *suhteellisuusperiaatetta*, merkitsee, että kolme suhteellisuusperiaatteen sisältämää lisäperiaatetta, *tarkoituksenmukaisuuden*, *välttämättömyyden* ja *suhteellisuuden periaate suppeassa merkityksessä*, ovat myös loogisena seurauksena suhteellisuusperiaatteesta.[457] Edellä ilmenevät lisäperiaatteet ovat johdettavissa suhteellisuusperiaatteesta *sanan suppeassa* merkityksessä. Samaa voidaan pitää totena, kun vastaavaa suhdetta tarkastellaan toisin päin, sillä suhteellisuusperiaate ilmentää periaateteoriaa.[458]

Periaatteet optimointikäskyinä vaativat niiden todentamisen suhteessa *tosiasiallisiin* ja *oikeudellisiin* mahdollisuuksiin, jolloin mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä tai mitä enemmän sitä loukataan, sitä tärkeämpää on toisen periaatteen toteuttamisen oltava. Suhteellistaminen todellisiin mahdollisuuksiin johtaa *tarkoituksenmukaisuus-* ja *välttämättömyysperiaatteisiin*. *Alexy* käyttää tässä yhteydessä esimerkkiä, jossa toimenpide *M* rikkoo kaupan, elinkeinon, tai ammatin harjoittamisen vapautta (P_1), jotta voidaan turvata kuluttajan suoja (P_2), mutta toimenpide ei ole millään tavalla tarkoituksenmukainen edistämään P_2:ta eli kuluttajan suojaa. On mahdollista luopua toimenpide *M*:stä ilman että sillä on mitään haitallista seurausta P_2 eli kuluttajan suojelun kannalta. Silloin P_1:n ja P_2*:n* optimointi vaatii, ettei toimenpidettä *M* käytetä. Tämä on tarkoituksenmukaisuusperiaatteen sisältö. Välttämättömyysperiaate kertoo, että toimenpide M_1 on kielletty suhteessa P_1*:een* ja P_2*:een*, jos on olemassa toimenpide M_2, joka edistää P_2:ta keskimäärin yhtä hyvin kuin M_1, mutta rikkoo vähemmän P_1:tä.[459]

Tarkoituksenmukaisuus- ja välttämättömyysperiaatteet ovat lähtöisin velvollisuudesta toteuttaa periaatteet siten kuin niiden toteuttaminen on *suurimmassa määrin mahdollista*, kun huomioon otetaan todelliset mahdollisuudet. Periaatteet ilmentävät *pareto*-optimaalisuuden ideaa. Suhteellisuusperiaate *suppeassa* mielessä on peräisin velvollisuudesta toteuttaa periaatteet niin pitkälle kuin on mahdollista suhteessa oikeuden suomiin mahdollisuuksiin, mikä tarkoittaa niiden toteutusta ennen kaikkea verrattuina vastaperiaatteisiin. Tässä tilanteessa

---

[455] Erityisesti ratkaisun C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ym*, k. 15.
[456] *Alanen*, 2002, s. 114.
[457] Suhteellisuusperiaatteen käytöstä yhteisön oikeudessa *Craig – Búrca*, 1998, s. 776–778. Ks. Alexyn tasapainottamisen ideasta, *Alexy*, 2002, s. 100 ja ss.
[458] *Alexy*, 2000, s. 297.
[459] *Alexy*, 2000, s. 298. Periaatteiden käyttötavasta vastaavasti *Shaw*, 2000, s. 338.

käsittelemme kysymystä *tasapainottamisesta* ja *painotuksesta* suppeassa ja todellisessa merkityksessä. Tämä on tarpeen siksi, että yhden periaatteen täyttyminen johtaa toisen periaatteen toteutumattomuuteen, mistä syystä periaate on toteutettavissa ainoastaan toisen periaatteen kustannuksella.[460]

Alexyn teorian mukainen konstruktio on tiivistettävissä siten, että Euroopan yhteisön oikeuden kannalta suhteellisuusperiaatteen ytimenä on vertailu *keinot – tavoiteltavat päämäärät*. Oikeusjärjestelmässä toimivan subjektin toimia arvioidaan siitä näkökulmasta, onko tämä käyttänyt oikeusjärjestelmässä sinänsä täysin laillisia ja hyväksyttäviä päämääriä (P_1) tavoitellessaan *liiallisia* keinoja (M), jotka *loukkaavat jotain toista oikeudellista intressiä* (P_2), joka kyseisessä oikeusjärjestelmässä on myös suojattu

Alexyn mallintamalla tavalla ei ole löydettävissä vastausta siihen, mihin perustuu periaatteen (P_1) ja sen vastaperiaatteen (P_2) painoarvon ja punninnan määrittely, mikäli samalla ei oteta käyttöön teoriaan kuuluvia lisäperiaatteita. Kysymys on arvovalinnoista, joille ei voida antaa konkreettisia painoarvoja. Vastaperiaatteen argumentaatio perustuu ratkaisuperiaatteiden eli *tarkoituksenmukaisuus-*, *välttämättömyys-* ja *suhteellisuusperiaatteiden* avulla tehtyyn argumentointiin.

Yhteisön oikeuden etusijavaikutuksen johdosta esimerkiksi 49 artiklan mukaisella palvelujen tarjontaa koskevalla vapausoikeudella näyttäisi olevan ensisijainen ja ehdoton painoarvo. Kuitenkin, mitä suuremmaksi painoarvoltaan voidaan perustella edellä olevilla ratkaisuperiaatteilla kansalliset tavoitteet yksiköiden ja yleisen järjestyksen suojaamisesta, sitä enemmän voidaan argumentoida kansallisten perusoikeuksien, tässä tutkimuksessa erityisesti sosiaalisten perusoikeuksien etusijan puolesta.

Oikeusperiaatteiden *prima facie* -etusijat määrittävät perusteluvelvollisuuden (argumentaatiotaakan). Siten ne myös luovat perustan periaatteiden tietynlaiselle etusijajärjestykselle. Yhteisön oikeuden etusijavaikutuksen vuoksi sen tunnustama elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden perusoikeus ja Euroopan yhteisön sisällä sen käytännön toteutumisen mahdolliseksi tekevät liikkuvuusvapaudet (mm. sijoittautumisvapaus), ovat tulkinnan lähtökohta. Perusteluvelvollisuuden lopullisia etusijajärjestyksiä ne eivät kuitenkaan lukitse; kun vastakkaisen periaatteen puolesta puhuvat argumentit ovat vahvemmat, on perustelutaakka täytetty.

Periaatteiden uusi etusijajärjestys määräytyy näin viime kädessä argumentaation perusteella. Argumentaatioteoria lähtee liikkeelle toteamuksesta, että oikeusajattelu käsittelee aina praktisia kysymyksiä eli sitä, mikä on käskettyä, kiellettyä tai sallittua. Sen vuoksi oikeudellista argumentaatiota voidaan pitää yhtenä yleisen käytännöllisen argumentaation erikoistapauksena. Periaatteiden

---

[460] *Alexy*, 2000, s. 298.

rakenne optimointikäskyinä johtaa moraaliseen harkintaan aina silloin, kun periaatteilla on moraalinen sisältö. Oikeudellisen argumentaation rationaalisuus riippuu siis ratkaisevasti siitä, voidaanko ja jos voidaan, ja missä määrin, täydentäviä arvostuksia kontrolloida rationaalisesti. Kysymys oikeudellisen argumentaation rationaalisuudesta johtaa täten väistämättä ongelmaan käytännöllis-moraalisten kannanottojen perusteltavuudesta.[461]

Sosiaalioikeudessa periaatteiden käytön kannalta on moraalinen lähtökohta merkityksellinen. Pragmaattisesta näkökulmasta sosiaalioikeutta arvioidaan keinona toteuttaa tavoitteita, jotka liittyvät yhteiskunnan tai sosiaalipolitiikan täytäntöönpano-organisaatioiden tilaan ja toimintakykyyn. Taloudellinen kasvu tai organisaatioiden taloudellisuus ja tehokkuus ovat tyypillisiä pragmaattisesti perusteltuja tavoitteita. *Eettiset* perustelut liittyvät yhteiskunnassa vallitseviin arvoihin, kuten solidaarisuuteen. Hyvinvointipalveluissa tämä ilmenee siten, että solidaarisuuden perustavana elementtinä on riskien tasaus terveempien ja vauraampien sekä sairaampien ja köyhempien välillä.[462] *Moraaliset* perustelut korostavat *oikeudenmukaisuuden* toteutumista yhteiskunnan jäsenten ja ryhmien välisissä suhteissa.[463] Perusteltua on lähteä siitä, että pragmaattisten näkökohtien oikea paikka on ensisijaisesti lainsäätäjän päätöksissä ja kunnallisen toimintapolitiikan ratkaisuissa. Pragmaattisten perusteluiden tulisi tosin näilläkin päätöksenteon tasoilla alistua aatteellisten ja moraalisten perusteiden testiin.[464]

Alexyn edellä kuvattu teoria ei sisällä vielä tässä tutkimuksessa tärkeänä elementtinä olevaa tasapuolisuuden ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimusta. Perustuslain 6 §:ään ankkuroituva hallinnon yhdenvertaisuuden periaate edellyttää myös tasapuolista kohtelua. Erilainen kohtelu on oltava asiallisesti perusteltavissa.[465] Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä tasapuoliseen kohteluun kuuluva syrjinnän kielto tarkoittaa sitä, että esimerkiksi palvelun tarjonnan rajoituksia sovelletaan samalla yhtäläisesti kansalaisuudesta riippumatta sellaisiin tahoihin, jotka saattaisivat olla kiinnostuneita tarjoamaan kyseisiä palveluja.[466]

* * *

Yhteisön perustamissopimuksen taikka yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella ei ole esitettävissä yksiselitteistä vastausta kysymykseen, missä määrin kansallisessa perustuslaissa olevan sosiaalisen perusoikeuden tur-

---

[461] *Alexy* 1989b, s. 630 ss.
[462] *Palola – Särkelä*, 2006, s. 101.
[463] *Tuori*, 2004, s. 158 ss.
[464] Ibid.
[465] *Mäenpää*, 2003, s. 163 ss.
[466] Asia C-124/97, *Läärä*, k. 28 ja asia C-243/01, *Gambelli*, 26. Vastaavasti asiassa C-33/74, *van Binsbergen*, k. 7.

vaaminen voi antaa perusteita yhteisön oikeuden sisältämien perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien rajoittamiselle (*Alexyn* teoriassa, mitkä painoarvot on asetettavissa P_2:lle suhteessa P_1:een). Perusoikeuden rajoitusperusteet ovat muodostuneet käytännössä yhteisöjen tuomioistuimen linjaamina, mutta sosiaalista perusoikeutta koskevaa ratkaisukäytäntöä ei toistaiseksi ole. Selkeänä johtopäätöksenä on joka tapauksessa todettavissa se, ettei yhteisön oikeuden perustavaa laatua olevia vapausoikeuksia voida rajoittaa jäsenvaltion taloudellisista intresseistä johtuvin syin. Tämän sosiaali- ja terveyspalveluja koskevan tutkimuksen kannalta on merkittävää havaita, että yhteisön tavoitteena on ensisijaisesti koko yhteisön markkinoiden ja kilpailukyvyn kehittäminen. Huomattavaa tässä yhteydessä on se, että myös Suomen perusoikeusjärjestelmä on markkinatalousjärjestelmä ja pyrkii edistämään yhteisön perustamissopimuksen kanssa yhtäläisellä tavalla talouden ja kilpailukyvyn kehittymistä.

Toisena selkeänä johtopäätöksenä on se, etteivät kansalliset vapausoikeuksia rajoittavat toimenpiteet saa olla kansalaisuuteen perustuvan diskriminointikiellon vastaisia.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan perustamissopimuksen taloudellisilla perusvapauksilla näyttää edelleenkin olevan Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksessä ylivertainen asema. Käytännössä yliote ilmenee esimerkiksi siinä, että perusoikeuksille voidaan asettaa pitkälle meneviä rajoituksia vain perusvapauksiin kytkeytyvillä perusteilla tai että yhteisön oikeuden yksilöille luomien oikeuksien – perusoikeudet mukaan lukien – nauttiminen on sidottu taloudellisen toiminnan harjoittamiseen. Siten taloudellisesti ei-aktiivisten ihmisten asema EU:n (perus)oikeuksien subjektina on jäänyt epämääräiseksi.

Vasta perusoikeuskirja ja muu viime vuosien EU-oikeuden kehitys ovat tuoneet jonkin verran uusia näkökulmia ja aineksia perusoikeuksien ja neljän taloudellisen perusvapauden väliseen suhteeseen.[467] Tuomioistuin on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään korostanut oikeudenmukainen tasapainon löytämistä perusoikeuksiin liittyvän toimimisvelvollisuuden ja pidättäytymisvelvollisuuden välillä. Tasapaino on luotava yksilön ja koko yhteiskunnan keskenään kilpailevien intressien välille ja tässä valtiolla on käytettävissä tiettyä harkintavaltaa.[468]

Elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeutta voidaan rajoittaa vain perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännössään (PeVM 25/1994, s. 5) määrittelemillä perusteilla. Nämä perusteet ovat lähtökohdiltaan samat kuin ne, jotka hyväksytty rajoittamisperusteiksi yhteisön oikeuden soveltamisessa. Jäsenmaan kansalaisten suojan taso ja laajuus jää tuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäy-

---

[467] Näin *Ojanen*, 2006, s. 193.

[468] Asia C-540/03, *Euroopan parlamentti vs. neuvosto*, k. 52 ja 54. Tapauksessa oli kysymys perhe-elämän kunnioittamisesta, minkä yhteisöjen tuomioistuin on katsonut kuuluvan perusoikeuksiin.

tännön mukaan kansalliseen päätösvaltaan. Kullakin jäsenvaltiolla on esimerkiksi riittävästi harkintavaltaa päättää, mitä vaatimuksia arpajaisten järjestämistapojen, pelipanosten suuruuden ja arpajaisista saatavien tulojen käytön osalta on asetettava pelaajien suojaamiseksi ja kunkin jäsenvaltion yhteiskunnalliset ja kulttuuriset erityispiirteet huomioon ottaen yleisemmin jäsenvaltion yhteiskuntajärjestyksen suojaamiseksi.[469]

Jäsenvaltion on toimittava johdonmukaisesti, mikäli se haluaa rajoittaa yhteisön perustavaa laatua olevia vapausoikeuksia. Myös tämä vaatimus koskee kansallisen perusoikeusjärjestelmän soveltamista, vaikka sen soveltamisessa on ilmeisestikin mahdollista lainsäätäjän pitemmälle menevä ”oikullisuus”. Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyy kansallisen päätösvallan periaatteelliseksi perusteluksi sen, että tarkoituksena on toteuttaa kansallisia yhteiskuntapoliittisia arvoja.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin (*Schmidberger* C-112/00 ja *Omega* C-36/02) sisältyy myös piirteitä, jotka antavat perusteita katsoa, että tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle ja palvelujen tarjoamisen vapaudelle saattaa olla sallittua asettaa pitemmälle meneviä rajoituksia perusoikeuksiin liittyvillä perusteilla kuin muilla, perusoikeuksiin ankkuroimattomilla perusteilla. Tämä johtuu siitä, että perusoikeuskytkentäisten rajoitusten *paino* on suurempi kuin jonkin muun rajoitusperusteen.[470] *Schmidberger*-ratkaisussa tuomioistuin totesi eri perusoikeuksien painoarvosta sen, että Euroopan ihmissoikeussopimuksen takaama oikeus elämään tai kielto kohdella ja rangaista ihmisiä epäinhimillisellä tavalla ovat rajoittamattomia oikeuksia. Sen sijaan esimerkiksi sananvapautta koskeva oikeus ja oikeus kokoontua vapaasti rauhanomaisessa tarkoituksessa eivät ole ehdottomia oikeuksia, vaan ne on suhteutettava tehtävään, joka niillä on yhteiskunnassa. Perusvapauksien rajoittamisperusteita ei ole ankkuroitavissa kansallisen perustuslain turvaaman elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuteen syyllistymättä diskriminointikiellon rikkomiseen.

---

[469] Ks. *Läärä*-ratkaisun C-124/97 kohta 14. Vastaavat linjaukset on tuomioistuin tehnyt myös rahapelitoimintaa koskevissa ennakkoratkaisuissa asiassa C-275/92, *Schindler*, C-67/98, *Zenatti*, ja C-243/01, *Gambelli*. Vastaava vakuutussektoria koskeva ennakkoratkaisu C-220/83, *komissio v. Ranska,* erityisesti k. 20. Ks. jäsenvaltion mahdollisuudesta säädellä sosiaalipoliittisista syistä ja yhteiskuntajärjestyksen turvaamisen vuoksi ulkomaista tarjontaa, *Kaila,* 2003b, s. 505–507.

[470] Näin *Ojanen*, 2006, s. 197.

II
HANKINTASÄÄNNÖT TUTKIMUKSEN KIINNEKOHTANA

1 Hankintalainsäädännön kehitys

Vuoden 1992 jälkeiset julkisia hankintoja koskevat direktiivit ovat osa pyrkimyksiä luoda yhdistetty poliittinen ja taloudellinen unioni Eurooppaan. Direktiivit ovat vain osa 282:sta lainsäädännöllisestä toimenpiteestä, joiden tarkoituksena on poistaa tämän tavoitteen esteenä olevat aineelliset, tekniset ja fiskaaliset rajoitukset. Toimenpiteistä oltiin yksimielisiä vuoden 1985 kesäkuussa julkaistussa valkoisessa kirjassa ”*Competition of the Internal Market*”. Toimenpiteet ovat myös eräs lainsäädäntöohjelman avainprioriteeteista toteutettaessa vuoden 1987 yhtenäisasiakirjaa, joka muutti kaikkia yhteisön aikaisempia sopimuksia. Eräs yleisistä tavoitteista on luoda Euroopan yhteisöstä yhtenäinen ja vapaa tavaroiden ja palvelujen markkina. Edellä todetun valossa alettiin vuoden 1992 jälkeen nähdä julkisten hankintojen merkitys yhtenä avainalueena, joka aikaansaa yhtenäismarkkinan menestyksen.[1]

Julkisiin hankintoihin on todettu liittyvän voimakkaasti tietoisia tai tiedostamattomia kansallisia protektionistisia piirteitä siten, että lainsäädännössä pyritään suosimaan kotimaisia tuotteita, suojaamaan kotimaista teollisuutta ja työpaikkoja. Poliitikkojen on todettu pyrkivän julkisten hankintojen ohjaamisella aikaansaamaan etuja omille veronmaksajille ja teollisuudelle. Usein kysymys on kuitenkin pelkästään psykologisista syistä tai kielen aiheuttamista esteistä.[2]

Ennen Suomen liittymistä vuoden 1994 alusta (ETA-vapaakauppasopimus, SopS ETA/1994) Euroopan talousalueeseen, julkisista hankinnoista oli vain vähäisessä määrin määräyksiä. Valtion hankintoja koskien oli olemassa asetus valtion tavara- ja palveluhankinnoista (1070/1979) ja sen nojalla annettu kauppa- ja teollisuusministeriön päätös. Kunnallishallinnon osalta ei ollut lainsäädäntöä, joka olisi säädellyt tavara- tai palveluhankintoja tai rakennusurakoiden teettämistä. Kuntien keskusjärjestöt olivat kuitenkin käytännössä antaneet suosituksia hankintojen suorittamisesta.[3]

---

[1] Yhtenäisasiakirjaa edeltäneen valkoisen kirjan (vuodelta 1985) arkkitehti *Cockfield* on sanonut: ”*the completion of the Internal market will provide the economic context for regeneration of European industry in both goods and services; and that it will give a permanent boost to the prosperity of the people of Europe and indeed of the world as a whole.*” Yhtenäisasiakirjan tarkoituksena oli täyttää käytännössä Rooman sopimuksen lupaukset. Ks. *Cox*, 1993, s. 9.

[2] Ks. kaupan esteistä *Reich*, 1999, s. 1–6.

[3] HE 154/1992 vp, s. 4: Päätöksiin, joita kunnat ja kuntainliitot hankinnoissaan tekivät, sovellettiin kunnalliseen itsehallintoon perustuvia yleisiä, lähinnä kunnallislaista (953/76) ja hallintomenettelylaista (598/82) ilmeneviä päätöksentekomenettelyjä. Näihin päätöksiin soveltuivat lisäksi

ETA-sopimuksen keskeisiä tavoitteita olivat tavara- ja palvelukaupan esteiden poistaminen sopimusosapuolten välisestä kaupasta. Sopimuksen 14 artiklan mukaan kaikki kansalaisuuteen perustuva syrjintä oli kiellettyä sopimuksen soveltamisalalla, jollei sopimukseen sisältyvissä erityismääräyksissä ollut toisin määrätty. Ennen sopimuksen voimaansaattamista Suomi oli sitoutunut noudattamaan lähinnä kahta vapaaseen maailmankauppaan tähtäävää sopimusjärjestelyä, ensiksi GATT:n sopimusta julkisista hankinnoista ja toiseksi EFTA-sopimukseen sisältynyttä kaupallista järjestelyä ja syrjinnän kieltoa.[4]

ETA-vapaakauppasopimus velvoitti maamme yhdenmukaistamaan oikeudellisesti julkisia hankintoja koskevan keskeisen säännöstön tuolloin voimassa olleiden yhteisön hankintadirektiivien mukaiseksi. Tämä tapahtui lailla julkisista hankinnoista (1505/1992).[5] Suomen liityttyä vuoden 1995 alusta Euroopan unionin jäseneksi hankintalakia muutettiin (lailla 1523/1994) vain lakiteknisesti.

Hankintalaki (1505/1992) oli ns. puitelaki, jonka 3 §:n nojalla annetulla asetuksella kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista (243/1995) säädettiin erikseen kynnysarvoa suuremmista hankinnoista, joissa on noudatettava Euroopan yhteisön julkisia hankintoja koskevien direktiivien yksityiskohtaisia määräyksiä. Hankinta-asetuksella implementoitiin osaksi Suomessa noudatettavaa kansallista lainsäädäntöä tavarahankintoja koskeva neuvoston direktiivi (93/36/ETY), rakennusurakoita koskeva direktiivi (93/37/ETY) ja palveluhankintadirektiivi (92/50/ETY), näiden direktiivien muuttamisesta annettu parlamentin ja neuvoston direktiivi (97/52/EY), sekä neuvoston peruspalveludirektiivi (93/38/ETY). Lisäksi voimassa ovat valvonta- ja oikeussuojadirektiivit (89/665/ETY ja 92/13/ETY).

Vuoden 1992 hankintalain aikaan olivat voimassa hankintalain 3 §:n perusteella annettu uusi asetus kynnysarvot ylittävistä vesi- ja energiahuollon, liiken-

---

yleisen lainsäädännön, kuten kauppalain (355/82) ja varallisuusoikeudellisista oikeustoimista annetun lain (228/29) säännökset.

[4] Vuodesta 1981 lähtien Suomi oli ollut osapuolena tullitariffeja ja kauppaa koskevan yleissopimuksen GATT:n puitteissa solmitussa julkisia hankintoja koskevassa sopimuksessa (SopS 84/80). Sopimus oli soveltamisalaltaan suppea ja Suomessa se koskikin vain erikseen lueteltuja valtion virastoja ja laitoksia. Huhtikuussa 1994 allekirjoitetun Marrakeshin sopimuksen tuloksena GATT muuttui Maailman kauppajärjestöksi (WTO) ja sen uusittu hankintakoodi (jota nyt kutsutaan GPA-sopimukseksi) laajeni käsittämään käytännössä lähes kaikki hankintayksiköt ja tavara-alat sekä rakennusurakat, joita EY:n direktiivitkin koskevat. GPA:n piiriin kuuluvat *palvelut* on sen sijaan erikseen lueteltu sopimuksen liitteessä. Sopimuksen allekirjoittajina ovat muiden mukana kaikki EU-maat. Vuonna 1997 ja 1998 annetuilla direktiivimuutoksilla (97/52/ETY ja 98/4/ETY) julkisia hankintoja koskevat direktiivit sovitettiin yhteen vuoden 1996 alusta voimaan tulleen maailman kauppajärjestön WTO:n hankintoja koskevan sopimuksen kanssa. Ks. *Kalima*, 1996, s. 19. ja *Aalto-Setälä ym.*, 2001, s. 433.

[5] Tätä tutkimusta edeltävässä lisensiaatintutkimuksessani tarkastelin sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamista vuoden 1992 hankintalain perusteella, *Romppainen*, 2003.

teen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (381/1998) ja 17 §:n perusteella annettu asetus valtion hankinnoista (1416/1994).

Hankintalain merkittävimmät lisäykset ja muutokset tulivat voimaan 1.3.1998 (lailla 1247/1997). Lainmuutoksen keskeisenä tarkoituksena oli lisätä kilpailuttamista niissä hankinnoissa, joita hankintayksiköt, erityisesti kunnat, olivat voineet tehdä omana työnään. Toisena keskeisenä tavoitteena oli tehostaa julkisissa hankinnoissa sovellettavia oikeusturvakeinoja. Uusi asetus kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista (380/1998) tuli voimaan 1.7.1998. Lain 14 §:ään lisättiin 1.12.1999 voimaan tulleella lailla (633/1999) säännös tarjouskilpailuun osallistuneen oikeudesta saada tietoja tarjouksen käsittelyä koskevista asiakirjoista noudattaen soveltuvin osin mitä asianosaisen tiedonsaantioikeudesta säädetään viranomaisen toiminnan julkisuudesta annetussa laissa (621/1999). Lakiin lisättiin 1.3.2002 voimaan tulleet markkinaoikeutta koskevat säädökset (1530/2001). Viimeisin oli 1.2.2005 voimaan tullut muutos (21/2005), jolla hankintayksikkö velvoitettiin tekemään hankintamenettelyn aikana tekemistään ratkaisuista kirjalliset päätökset.

Parlamentin ja neuvoston direktiivi julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta (2004/18/EY, myöhemmin hankintadirektiivi) annettiin 31.3.2004. Direktiivillä koottiin yhdeksi asiakirjaksi julkisia palveluhankintoja, julkisia tavarahankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevat direktiivit. Direktiivi tuli voimaan 30.4.2004, kun se julkaistiin Euroopan yhteisön virallisessa lehdessä.[6]

Direktiivi oli sen täytäntöönpanoa koskevan 80 artiklan mukaan saatettava kansallisesti voimaan viimeistään 31.1.2006. Hankintadirektiivi 2004/18/EY saatettiin kansallisesti voimaan vasta 1.6.2007 voimaan tulleella hankintalailla (348/2007).

Kansallisen tuomioistuimen on kansallista lainsäädäntöä soveltaessaan, riippumatta siitä, onko kyse direktiiviä edeltävistä tai sen jälkeen annetuista säännöksistä, tulkittava kansallista lainsäädäntöä mahdollisimman pitkälle direktiivin sanamuodon ja tarkoituksen mukaisesti, jotta direktiivissä tarkoitettu tulos saavutettaisiin ja perustamissopimuksen 189 artiklan kolmatta kohtaa näin nouda-

---

[6] Direktiivi 2004/18/EY, EYVL, L 134, 30.4.2004, s. 114. Samanaikaisesti tämän direktiivin kanssa tuli voimaan Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta (2004/17/EY, *erityisalojen hankintadirektiivi*). Kyseistä direktiiviä sovelletaan sen 2 artiklan mukaan hankintayksiköihin, a) jotka ovat hankintaviranomaisia tai julkisia yrityksiä, harjoittavat yhtä tai useampaa direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa; b) jotka, jos eivät ole hankintaviranomaisia tai julkisia yrityksiä, harjoittavat 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa ja toimivat jäsenvaltion toimivaltaisen viranomaisen myöntämällä erityis- tai yksinoikeudella. Direktiivin 3–7 artiklassa mainitut toiminnot koskevat kaasun, lämmön ja sähkön jakelua, mm. juomaveden jakelua ja jäteveden poistoa ja käsittelyä, rautatieverkkojen ylläpitoa sekä postipalveluja.

tettaisiin.[7] Hankintalain voimaantulo myöhästyi 16 kuukautta hankintadirektiivissä asetetusta takarajasta 31.1.2006.

Hankintadirektiivin ja hankintalain välisestä suhteesta uusikaan hankintalaki ei sisällä säännöksiä, vaan säännösten etusija ja tulkintavaikutus ratkeaa yleisten yhteisön oikeuden soveltamista koskevien periaatteiden mukaan.[8] Myös hankintadirektiivi on osoitettu jäsenvaltioiden lainsäätäjälle, jolla on velvollisuus panna se perustamissopimuksen 249 artiklan edellyttämällä tavalla täytäntöön sisäisessä lainsäädännössään. Saatettaessa direktiivi kansalliseksi lainsäädännöksi, antaa *lojaliteettiperiaate* peruslähtökohdan.[9] Mikäli jäsenvaltiot eivät täyttäisi velvoitettaan, komissio voi ryhtyä tarvittaviin toimenpiteisiin perustamissopimuksen 226 ja 228 artiklan nojalla.[10]

Vuoden 1992 hankintalain 1 §:ssä säädettiin lain tarkoituksesta ja soveltamisalasta. Sen mukaan ”valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden tässä laissa tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailun aikaansaamiseksi sekä tarjousmenettelyyn osallistuvien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi noudatettava hankinnassaan, mitä tässä laissa säädetään.” Hankinnan perusmääritelmä sisältyi lain 4 §:n 1 kohtaan. Sen mukaan hankinnalla tarkoitettiin tavaroiden ja palvelujen ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä. Tämä palvelujen määritelmä oli yleinen ja kattoi myös sosiaali- ja terveyspalvelut. Siten niiden hankkimisessa kuntaa velvoitti hankintalain 5 §:n 1 momentissa oleva yleinen periaate, jonka mukaan hankinnassa on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuttamismahdollisuudet ja hankinnasta oli joko ilmoitettava tai tarjouksia on muuten pyydettävä hankinnan kokoon ja laatuun nähden riittävä määrä.[11]

Vuoden 1992 hankintalakia laadittaessa ei vielä oltu yhteisön oikeuden soveltamisen periaatteista siinä määrin tietoisia kuin oltiin nyt uutta hankintalakia valmisteltaessa. Käytännön vaikutuksia arvioitaessa ulkomaisten palveluyritysten tuloa Suomen markkinoille ei pidetty viime vuosikymmenen alussa kovin todennäköisenä mm. kieleen liittyvistä syistä. Direktiivin vaikutuksia sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin ei pystytty arvioimaan.[12] Sosiaali- ja terveyspalveluita pidettiin sellaisina, että niiden tarjoaminen ja myyminen valtiosta toiseen on hankalaa.[13]

---

7 Asia C-106/89 *Marliesing SA v. Commercial International de Alimentacion SA,* k. 8 ja vastaava asia C-157/86 *Murphy*, k. 11.

8 Ks. *Kalima*, 2001, s. 42–47.

9 Direktiivin funktiosta EY:n oikeudessa *Prechal*, s. 3–5 ja *Lang*, 1990, s. 649.

10 Komission toimivallasta ja rikkomusmenettelystä, *Bedford*, s. 11–24. Ks. *Kuoppamäki*, 2001, s. 237.

11 *Kalima*, 2001, s. 22–23 ja 27–31. Esimerkiksi KHO 24.4.2004, taltio 954.

12 Sosiaali- ja terveysministeriön lausunto 16.11.1992, s. 1 ja 2.

13 Palveluhankintatyöryhmän muistio 1993, s. 10.

Aikaisemman hankintalain perusteella pidettiin selvänä, että kilpailuttamisvelvoitetta ei ole hankintayksikön tuottaessa palvelut itse. Tällaisessa tapauksessa ei hankinnasta synny hankintalain 4 §:n 1 momentin edellyttämää tai hankinta-asetuksen 3 §:n 1 momentin 3 kohdan tarkoittamaa hankintasopimusta.[14] Kuitenkin myös sellaiset sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät, jotka kunta järjesti sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain (733/1992, STVOL) 4 §:n mukaan ostopalveluina valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta tai yksityiseltä palvelun tuottajalta, katsottiin periaatteessa kuuluvan direktiivin soveltamispiiriin.[15]

Hankintalaki ja hankinta-asetus eivät sisältäneet erityisiä sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnan menettelytapasäännöksiä. Sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluivat palveluhankintadirektiivin liitteen B mukaisiin toissijaisiin palveluhankintoihin ja niitä koskivat vain direktiivin hankinnan teknisiä eritelmiä ja jälki-ilmoitusta koskevat määräykset. Hankintalaki sääntelі myös sosiaali- ja terveyspalveluja silloinkin, kun niiden hankinnan arvo jäi alle palvelunhankintadirektiivin perusteella määräytyvän yleisen kynnysarvon. Hankintalain mukaan tarkoituksenmukaiset menettelytavat olivat hankintayksikön valittavissa, kunhan hankintalaissa määritellyt periaatteet toteutuivat.[16]

---

[14] Kilpailuneuvoston päätös Dnro 174/690/2000, 17.9.2001, Lääkäriasema Pulssi Oy ym. *Lievonen*, Kuntien palvelu- ja rakennusurakkahankintojen kilpailuttaminen, 1997, s. 170.

[15] Palveluhankintatyöryhmän muistio 1993, s. 37 ja sosiaali- ja terveysministeriön lausunto 16.11.1992 Nro 42/335/92. Ks. myös *Pohjonen*, 2002, s. 28.

[16] Hallituksen aikaisempaa hankintalakia koskevassa esityksessä ei perustella erityisesti sitä, miksi EY:n palveluhankintadirektiivistä poiketen hankintalailla päädyttiin kilpailuttamisvaatimukseen kynnysarvoista tai hankinnan laadusta riippumatta. Hallituksen esityksen mukaan syynä näyttäisi olleen ETA-sopimuksen tulkinta. Sen keskeisinä tavoitteina todettiin olevan tavara- ja palvelukaupan esteiden poistaminen sopimusosapuolten välisestä kaupasta. Laaja kilpailuttamisvelvoite perustui siten tulkintaan yhteisön oikeuden velvoittavuudesta. HE 154/1992 vp, s. 5. Ks. myös palveluhankintatyöryhmän muistio 1993, s. 5, 18 ja 39.

2 EY:n sisämarkkinatavoitteet ja hankintasäännökset

Julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteena on osaltaan edistää Euroopan yhteisön poliittista tavoitetta taloudellisen toiminnan sopusointuisesta, tasapainoisesta ja kestävästä kehityksestä sekä työllisyyden ja sosiaalisen suojelemisen korkeasta tasosta. Tässä kohtaa mainitaan yleensä myös hyvän kilpailukyvyn edistäminen ja taloudellisen suorituskyvyn korkea lähestymisaste, ympäristösuojelun korkea taso ja ympäristön laadun parantaminen, elintason ja elämän laadun nousu sekä taloudellinen ja sosiaalinen yhteenkuuluvuus ja yhteisvastuu jäsenvaltioiden välillä.[17]

Nimenomaisia julkisia hankintoja koskevia erityissäännöksiä yhteisön perustamissopimus ei sisällä, mutta julkisia hankintoja koskeva sääntely liittyy kiinteästi perustamissopimukseen.[18] Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen tarkoituksena on edistää sopimuksen perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien eli tavaroiden vapaan liikkuvuuden, sijoittautumisvapauden ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatteiden toteutumista. Yhteisön perustamissopimuksen neljän perustavaa laatua olevan periaatteen, eli tavaroiden (28 artikla), työvoiman (39 artikla) ja palvelujen (49 artikla) liikkuvuuden sekä sijoittautumisoikeuden (43 artikla) tarkoituksena on toteuttaa yhteisön tavoitetta yhteismarkkinoista ja täydellisistä sisämarkkinoista. Merkityksellisiä ovat myös yleisen diskriminointikiellon sisältävä 12 artikla ja valtioon läheisessä suhteessa olevia yrityksiä koskeva 86 artikla. Relevantti on myös valtion tukea koskeva 87 artikla.[19]

Hankintadirektiivillä pyritään poistamaan myös sellaiset käytännöt, jotka rajoittavat yleisesti kilpailua.[20] Komissio määritteli julkisia hankintoja koskevat tavoitteet hankintadirektiiviä EY/18/2004 edeltäneessä vihreässä kirjassaan.

---

[17] Sisämarkkinatavoitteesta ja julkisista hankinnoista *Joutsamo ym.*, s. 19–20. Asia C-513/99, *Concordia Bus Finland*. Ks. perustamissopimuksen vapausperiaatteiden rajoittamisperusteista COM (2001) 723 lopullinen, Terveyden ja vanhustenhuollon saatavuus, laatu ja taloudellinen kestävyys tulevaisuudessa, Liite 1.

[18] Ainoastaan eräiden merentakaisten maiden ja alueiden assosiointia koskevan 183 artiklan 4 kohta viittaa julkisiin hankintoihin. Sen mukaan yhteisön rahoittamiin sijoituksiin saa tarjouksin ja toimituksin osallistua yhtäläisin ehdoin jokainen luonnollinen henkilö tai oikeushenkilö, joka on jäsenvaltion taikka jonkin maan tai alueen kansalainen.

[19] *Laurinen*, 1997, s. 9–12. Laajemmin perustamissopimuksen ja hankintasääntöjen yhteydestä *Arrowsmith*, 2005, s. 181–247. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä esimerkiksi asia C-237/99, *komissio vs. Ranska*, k. 41.

[20] Esimerkiksi asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 60.

Näitä olivat syrjimättömälle menettelylle ja rehelliselle kilpailulle perustuvien olosuhteiden aikaansaaminen, kansallisten varojen järkevä käyttäminen valitsemalla paras mahdollinen vaihtoehto hankinnoissa, pääsymahdollisuuden luominen toimittajalle osaksi sisämarkkinoiden tärkeimpiä toimintoja ja Euroopan taloudellisen kilpailukyvyn vahvistaminen. Näihin tavoitteisiin komissio liitti myös tavoitteen avoimuuden lisäämisestä.[21]

Perustamissopimuksen vapausoikeuksien vaikutus julkisten hankintojen yhteydessä saattaa estyä samoista syistä kuin perustamissopimuksen perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien soveltaminen yleensäkin.[22] Hankintatointa koskevassa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä korostuu yhteisön perustamissopimuksen tarkoitus edistää yhteisöä yhteisenä taloudellisena liittona. Hankintadirektiivillä on pyritty tekemään mahdottomaksi se, että valtion, alueellisen tai paikallisen viranomaisen tai muiden julkisoikeudellisten laitosten rahoittamana tai niiden valvonnassa oleva laitos toimisi hankintoja tehdessään muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. Muun muassa asiassa *Varkauden Taitotalo Oy* C-18/01 antamassaan ennakkoratkaisussa yhteisöjen tuomioistuin on tarkoittanut sitä, että viranomaistaho epäsuorasti toimisi alueellisten tai kansallisten etujen johdosta protektionistisesti.[23]

Julkisten hankintojenkin yhteydessä ovat kiellettyjä kaikki jäsenvaltioiden välisen tuonnin määrälliset rajoitukset ja vaikutukseltaan vastaavat toimenpiteet. Tämä ilmeni rakennusurakkadirektiiviä 71/305/ETY koskeneessa ennakkoratkaisussa *Dundalk* C-45/87, missä yhteisöjen tuomioistuin sovelsi suoraan tavaroiden vapaata liikkuvuutta koskevaa perustamissopimuksen 30 (nykyisin 28) artiklaa.[24] Vastaavan soveltamisen mahdollisuuden tuomioistuin totesi direktiiviä 77/62/ETY koskeneessa ennakkoratkaisussa *Du Pont de Nemours* C-21/88. Tämäkin ratkaisu koski tavaroiden vapaata liikkuvuutta.[25]

Palvelujen liikkuvuus oli esillä yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Teleaustria* C-324/98. Ratkaisun mukaan myös käyttöoikeussopimuksia koskevissa hankinnoissa on noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti *kansallisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa* koskevaa periaatetta, vaikka sopimukset eivät kuuluneet minkään direktiivin soveltamisalaan. Jotta viranomaiset voivat varmistua, etteivät he toimi vastoin syrjintäkieltoa, tulee heidän myös tällaisessa hankinnassa toteuttaa riittävää *avoimuutta*.

---

[21] Komissio, Vihreä kirja, Julkiset hankinnat, s. I.
[22] Asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 32, 66 ja 69.
[23] Asia C-18/01*, Varkauden Taitotalo Oy*, k. 45. Tuomioistuin viittasi tältä osin mm. asiaan C-380/98, *University of Cambridge*, k. 17. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä myös *Lindfors*, 2005, s. 23–48.
[24] Asia C-45/87, *komissio v. Irlanti*, k. 16 ja 17 ja C-199/85, *komissio v. Italia*, k. 14.
[25] Asia C-21/88, *Du Pont de Nemours*, k. 20.

Tämän tutkimuksen kannalta on kiintoisa myös kysymys, onko perustamissopimusta mahdollista soveltaa suoraan tilanteessa, jossa hankinnan arvo jää alle EU-kynnysarvon.

> Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa *Vestergaard* C-59/00 antama määräys koski oli rakennusurakkadirektiivin 93/37/ETY soveltamista. Myös nämä hankinnat tuli arvioida perustamissopimuksen perustavanlaatuisten määräysten, kuten 30 artiklassa (nykyisin 28) vahvistetun tavaroiden vapaan liikkuvuuden kannalta.[26]

> Perustamissopimuksen suoran soveltamisen mahdollisuuden idea ilmenee edellistäkin ratkaisua paremmin *Ranskaa* koskeneesta ennakkoratkaisusta C-264/03. Ratkaisun mukaan ”*pelkästään se, että yhteisön lainsäätäjä on katsonut, etteivät julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä säädetyt ja tiukat menettelyt ole asianmukaisia silloin, kun kyse on arvoltaan vähäisistä julkisista hankinnoista, ei merkitse, että nämä hankinnat jäisivät yhteisön oikeuden soveltamisalan ulkopuolelle*.”[27]

Edellä todettujen ennakkoratkaisujen perusteella on todettavissa se, että hankintadirektiivillä on tarkoitettu säädellä niiden hankintasopimusten tekemisen *menettelytavoista*, jotka sisältyvät direktiivin soveltamisalaan. Jos jokin hankinta ei sisälly direktiivin soveltamisalaan, ei se sulje pois sitä mahdollisuutta, että hankintaan tulee sovellettavaksi yhteisön perustamissopimus.

Yhteisöjen tuomioistuin ei ole soveltanut koskaan *de minimis* -kriteereitä perustamissopimuksen 28 artiklan (kielto jäsenvaltioiden välisen tuonnin määrällisistä rajoituksista tai vaikutukseltaan vastaavista toimenpiteistä) yhteydessä. Edellä todettu koskee myös 43 ja 49 artiklan soveltamista. Näyttääkin tosiasiassa siltä, ettei ole oikeudellisia perusteita vaatia yleistettävyyttä hallinnollisia toimenpiteitä koskeville säännöksille. Siten tavaroiden ja palvelujen liikkuvuutta ja sijoittautumisvapautta koskevat rajoitukset on pystyttävä perustelemaan yksittäistapauksissa.[28]

---

[26] Asia C-59/00, *Bent Mousten Vestergaard*, k. 20 ja 24.
[27] Asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 32 ja 33.
[28] Ks. *Arrowsmith*, 2005, s. 186 ss. ja 211.

3 EY-oikeuden vaikutus hankintasäännöksiin

Julkisia hankintoja koskevien säännösten kansallisessa laadinnassa ja soveltamisessa tulee ottaa huomioon se, millä tavoin kansallinen lainsäädäntö vaikuttaa toiseen jäsenmaahan sijoittautuneen yrityksen mahdollisuuteen sijoittautua kyseessä olevaan jäsenmaahan tuottamaan palveluja. Yhteisöjen tuomioistuin on viimeaikaisessa oikeuskäytännössään löytänyt varsin usein perusteita sille, että kysymys on rajat ylittävästä toiminnasta.[29] Palvelujen tarjoajalla on mahdollisuus siirtyä tuottamaan palveluja maahan, joissa ovat palvelujen vastaanottajat.[30] Tämän lisäksi huomiota tulee kiinnittää myös siihen mahdollisuuteen, että palvelut voivat liikkua, jos sekä palvelujen tarjoaja että niiden vastaanottaja ovat sijoittautuneet samaan jäsenmaahan, mutta tarjoaja siirtyykin toiseen jäsenmaahan tarjotakseen palveluja edellä mainitussa jäsenmaassa oleville asiakkaille. Vaikka palvelujen tarjoaja ja niiden vastaanottaja eivät siirry, voidaan palveluja tarjota myös postin taikka telekommunikaatiotekniikan avulla.[31] Palvelun tarjoaja ja niiden vastaanottaja ovat viimeksi mainitussa tapauksessa sijoittautuneet eri jäsenmaihin.[32]

Tämä *virtuaalisten* rajat ylittävien palvelujen vastaanottamisen mahdollisuus on pidettävä kuitenkin erillään niiden pelkästään *hypoteettisesta* vastaanottamisen mahdollisuudesta. Tuomioistuin näyttää kiinnittävän huomiota palvelun tarjoajan liiketoimintasuunnitelmaan ja toimintastruktuuriin sekä tarjottujen palvelujen luonteeseen. Jos nämä osoittavat, että on aikomus ja sisällöllinen mahdollisuus tarjota palveluja toiseen jäsenmaahan sijoittautuneille palvelujen vastaanottajille, tuomioistuin helposti soveltaa perustamissopimuksen 49 artiklaa.[33]

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntö vahvistaa julkisten hankintojen sääntelyn taustalla olevien oikeusperiaatteiden sovellettavuuden. Vaikka hankin-

---

[29] *Arrowsmith*, 2005, s. 217.

[30] Yhdistetyt asiat C-286/82 ja C-26/83, *Luisi* ja *Carbone*, k. 16.

[31] Suomalaisetkin terveyspalvelujen tuottajat ovat alkaneet etsiä ulkomailta edullisia laboratorio- ja kuvantamispalveluja. Monissa Euroopan maissa, Intiasta ja muutamasta muusta kaukomaasta puhumattakaan, pystytään laboratorionäytteitä ja vaikkapa tietokonemammografiakuvia tulkitsemaan huomattavasti halvemmalla kuin Suomessa. Ulkomaisten laitosten kilpailuttamiseen on ajauduttu suureta osin siksi, etteivät sairaanhoitopiirit, kunnat ja muut terveyspalvelujen tuottajat ole suostuneet ajoissa yhdistämään voimiaan ja kehittämään tarpeeksi suuria ja kilpailukykyisiä yksiköitä. Helsingin Sanomat, 31.1.2007, s. A 2.

[32] Luettelo on muodostettavissa mm. ennakkoratkaisun C-384/93, *Alpine Investments BV* perusteella. Ks. myös vastaava luettelo *Kaila*, 2003a, s. 304.

[33] Ks. *Alpine Investements BV* -ennakkoratkaisusta *Hatzopoulos – Do*, 2006, s. 925 ss.

tasäännökset eivät koskisikaan kyseisiä hankintoja, sovellettavaksi voivat tulla perustamissopimuksen perustavaa laatua olevat vapausperiaatteet niiden suoran soveltamisen ja välittömän oikeusvaikutuksen vuoksi.[34] Ennakkoratkaisuissa on sovellettu samanaikaisesti perustamissopimuksen 43 tai 49 artiklojen perustavaa laatua olevia vapausoikeuksia ja hankintadirektiivejä, jolloin tuomioistuin on paikannut direktiivien sääntelyn aukkoja.[35]

Tuomioistuin on ennakkoratkaisukäytännössään täsmentänyt, että tarjoajien *yhdenvertaisen kohtelun periaate* tarkoittaa, että kaikilla tarjoajilla on oltava samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa heidän kansallisuudestaan riippumatta.[36] Kaikki sellainen palvelujen tarjoajien syrjintä on kielletty, jonka kohteeksi palvelun tarjoaja joutuu kansallisuutensa perusteella tai siksi, että hän on sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon. Kielto koskee myös oikeushenkilöitä. Edellä todetusta periaatteesta voidaan poiketa vain 46 artiklan hyväksymistä pakottavista, yhteiskunnan suojaamiseen liittyvistä syistä.[37] *Syrjimättömyysperiaate* toteuttaa myös kieltoa suosia paikallisia toimittajia työllistämis- ja verotulovaikutusten johdosta.[38]

Merkittävää on se, että tuomioistuin on liittänyt edellä todetuissa ratkaisuissaan *Coname* C-231/03 ja *Unitron Scandinavia* C-275/98 avoimuusperiaatteen velvoitteen sellaiseen hankintaan, jota hankintadirektiivit eivät sisällön puolesta koskeneet.

> Ennakkoratkaisussa *Coname C*-231/03 oli kysymys käyttöoikeussopimuksesta, joka koski kunnan kaasuverkon hallinnointia, kaasunjakelua ja verkon ylläpitoa sekä jakeluasennuksia. Kunta oli tehnyt edellä olevaa toimintaa koskevan konsessiosopimuksen paikallisen yhtiön kanssa, jonka osakepääomasta pääosa oli julkisessa omistuksessa. Ratkaisun mukaan tällaista sopimuksen tekemistä ei säädelty yhdessäkään julkisia hankintoja koskevassa direktiivissä.
>
> Tuomioistuin totesi, että kyseinen sopimus saattaa kiinnostaa myös toisessa jäsenvaltiossa toimivaa yritystä. Jos sopimus tehdään täysin ilman avoimuutta kyseisessä jäsenmaassa sijaitsevaan yritykseen suhteen, loukataan yhdenvertaisen kohtelun periaatetta toisessa jäsenvaltiossa sijaitsevan yrityksen vahingoksi. Tuomioistuin totesi, että avoimuuden puuttuessa toiseen jäsenmaahan

---

[34] Bovisin Artikkeli yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vaikutuksista julkisen hankintamenettelyn sääntelyyn. *Bovis*, 2006, s. 461. Komission tiedonanto, Yhtenäismarkkinat ja ympäristö, s. 8 ja 9.

[35] Ks. *Hatzopoulos – Do*, 2006, s. 931–934.

[36] Asia C-87/94, *komissio v. Belgia*, k. 54.

[37] Asia C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening*, k . 10–12.

[38] Ks. HE 69/1997 vp, s. 19. Myös hallituksen esityksessä laiksi kansanterveyslain ja erikoissairaanhoitolain sekä eräiden muiden lakien muuttamisesta (HE 77 /2004 vp, s. 16 ss.) todetaan, että kunnan velvollisuutena on ostopalveluja tehdessään huolehtia erityisesti siitä, että kaikilla palvelun tuottajilla on tasavertaiset kilpailumahdollisuudet. Asia C-31/87, *Beentjes* k. 28 ja 30 ja C-243/89, *"Storebelt"*, k. 45.

sijoittautuneella yrityksellä ei ole mitään todellista mahdollisuutta ilmaista kiinnostustaan sopimuksen tekemiseen. Lähtökohtaisesti tällainen toisista jäsenmaista tulevien yritysten poissulkeminen on 43 ja 49 artiklan vastaista.

Avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisessa laajuudessa, minkä ansiosta *palveluhankinnat avautuvat kilpailulle* ja *hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyiden puolueettomuutta* voidaan valvoa.[39] Tuomioistuimen mukaan on lisäksi huomattava, että *kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta ei voida tulkita suppeasti*.[40]

Asiakirjoista ei ilmennyt tekijöitä, joiden perusteella olisi voitu kohtuudella päätellä, ettei toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut yritys olisi voinut olla kiinnostunut kyseisestä konsessiosopimuksesta. Tällaisina tekijöitä olisi ollut vähäinen taloudellinen intressi ja muut sen kaltaiset erityiset seikat. Konsessiosopimuksen solmimisen vaikutuksia perusvapauksiin olisi voitava pitää vain satunnaisina ja välillisinä. Kansallisen tuomioistuimen tehtäväksi jäi tutkia, vastasiko kunnan konsessiosopimuksen tekemistä koskeva menettely avoimuuden asettamia vaatimuksia. Nämä vaatimukset – vaikka eivät edellytäkään tarjouskilpailun pitämistä – olisivat mahdollistaneet sen, että toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut yritys olisi voinut saada sopimusta koskevia asianmukaisia tietoja ennen sopimuksen tekemistä siten, että olisi halutessaan voinut ilmaista kiinnostuksensa. Tuomioistuimen *Coname*-ratkaisun perustelun mukaan pelkästään teoreettista ja hypoteettista mahdollisuutta siitä, että toiseen jäsenvaltion sijoittautunut palvelun tarjoaja olisi kiinnostunut hankintasopimuksesta, ei tarvitse ottaa huomioon. [41]

Komissio on äskettäin julkaisemassaan tulkitsevassa tiedonannossa luetellut tekijöitä, joiden perusteella tulisi tehdä arvio toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen yrityksen mahdollisesta kiinnostuksesta. Näitä ovat hankintasopimuksen kohteen sisältö, kyseessä olevaa sektoria koskevat erityispiirteet (koko ja markkinan rakenne, kaupalliset käytännöt jne.) sekä toiminnan maantieteellinen sijainti.[42]

Oikeuskäytäntö näyttäisi olevan kehittymässä siten, että tietoisesti hankintadirektiivin sääntelyn ulkopuolelle jätetyissä hankinnoissakin avoimuusperiaate velvoittaisi mahdollisesti kansallista laajempaan ilmoittamiseen. Tästä on esi-

---

[39] Asia C-324/98, *Teleaustria*, k. 61 ja 62.

[40] Asia C-275/98 *Unitron Scandinavia,* k. 29–31. Muita vastaavia ratkaisuja ovat mm. ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisu T-169/00, *Esedra SPRL v. komissio*, k. 81 ja yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisu C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, k. 24.

[41] Asia C-231/03, *Coname*, k. 16–21.

[42] Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 4.

merkkinä edellä käsitelty *Coname*-ratkaisu.[43] Siinä ei kuitenkaan otettu erityisesti huomioon yhteisön oikeuden soveltamiseen kuuluvaa suhteellisuusperiaatetta. *Suhteellisuusperiaate* edellyttää, että hankintamenettelyn vaatimat toimenpiteet ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Hankintasopimuksia tehtäessä tämä tarkoittaa esimerkiksi sitä, että tarjoajien kelpoisuusehtojen asettamisessa on huomioitava tarjonnan luonne ja arvo. Samaten tarjouspyynnön sisältöön tai tarjousmenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulisi olla oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden.[44]

Hankintayksikön kannalta hankintamenettelyn ensisijaisena tarkoituksena on saada hankintayksikön tarve toteutetuksi eli hankinta suoritetuksi kohtuullisessa aikataulussa, eikä hankintamenettelyn kustannusten tulisi nousta odotettavissa olevia hyötyjä suuremmiksi. Mikäli sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa vaadittaisiin aina Euroopan yhteisön laajuista ilmoittamista, jouduttaisiin kuntien hankintatoimessa käytännössä kestämättömään tilanteeseen. Hankintamenettely ja siihen kuuluva ilmoittelu eivät kumpikaan enää olisi hankintayksikön tehtävien toteuttamisen kannalta tarkoituksenmukaisia keinoja hankinnan kohteena olevan hyödykkeen hankkimiseksi. Hankintamenettely aiheuttaisi kohtuuttomia kustannuksia, olisi siten hyötyihin nähden suhteeton, itsetarkoituksellinen ja ylimitoitettu toimenpide myös sisämarkkinatavoitteen kannalta.[45]

Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Coname* C-231/03 tarkastelu kohdistui ensisijaisesti siihen, miten avoimuusperiaate velvoitti käyttöoikeussopimuksen tehnyttä viranomaista. Ratkaisussa ei välittömästi ollut tarvetta ottaa kantaa suhteellisuusperiaatteeseen, koska kyse oli arvoltaan varsin suuresta hankinnasta. Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Parking Brixen* C-458/03 toteama vaatimus julkisen hankinnan ilmoittamisen ”asianmukaisesta laajuudesta” antaa mahdollisuuden arvioida hankintaa myös suhteellisuusperiaatteen perusteella, jotta voitaisiin välttää hankintayksikön kannalta epätarkoituksenmukainen lopputulos.

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on taloudelliselta arvoltaan suurissa sosiaali- ja terveysalan palveluhankinnoissa perusteltua vaatia oman maan ulkopuolelle ulottuvaa laajaa ilmoittelua. Näin on erityisesti niissä

---

[43] Asia C-231/03, *Coname* ja C-458/03, *Parking Brixen GmbH*.

[44] Suhteellisuusperiaatteesta yleisenä hallinto-oikeudellisena periaatteena *Mäenpää*, 2003, s. 169.

[45] Ks. *Lindfors* 2004, s. 99. Lindforsin on kritisoinut kynnysarvon alle jäävien hankintojen kilpailuttamisvaatimusta laintulkinnan johdonmukaisuusvaatimuksen perusteella. Lindfors kiinnittää huomiota myös sopimusvapauden periaatteeseen. Eräänä hänen tutkimuksensa johtopäätöksenä on, että sopimusvapauden rajoitukset ovat perusteltuja vain siltä osin kuin niillä tähdätään varojen tehokkaaseen käyttöön ja hankintatarpeen muodolliseen täyttämiseen. Sen sijaan sopimusvapautta ei ole perustelua yksioikoisesti rajoittaa markkinoiden avaamisen tarkoituksessa, mikäli se johtaa varojen käytön tehottomuuteen. Ks. *Lindfors*, 2004, s. 95–99.

tilanteissa, joissa on käytännössä mahdollista tai on jopa tiedossa, että tarjous olisi saatavissa myös toisesta jäsenmaasta. Vastuu arvioinnin tekemisestä kuuluu hankintayksikölle.[46] Laaja ilmoittaminen tulisi kyseeseen kokoluokaltaan suurissa hankinnoissa, esimerkiksi koko kunnan terveyspalvelujen ulkoistamistilanteissa, joissa myös ulkomaisten yritysten voidaan arvioida olevan kiinnostuneita sijoittautumaan kuntaan.

Mikäli hankinnan kansallisen ennalta ilmoittamisen jälkeen tarjoajaksi ilmaantuu toisesta jäsenmaahan sijoittautunut tarjoaja, tulee tätä tarjoajaa ja tarjousta käsitellä tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimuksen johdosta samalla tavoin kuin omasta jäsenmaasta tullutta tarjoajaa ja tarjousta. Tämän tarjoajan mahdollisuudet toimittajana määräytyvät niiden valintaperusteiden mukaan, joita sovelletaan omasta maasta peräisin oleviin tarjoajiin ja tarjouksiin.

[46] Erityisesti asia C-231/03, *Coname.*

4 Hankintalain tavoitteet ja periaatteet

Vaikka yhteisöjen tuomioistuimen linjaukset sitovat jo sellaisinaan suoraan hankintayksiköitä, on hankintalain yleisenä periaatteena sitä koskevan hallituksen esityksen (HE 50/2006 vp, s. 25) mukaan, että laissa itsessään on pyritty ottamaan huomioon tulkinnat perustamissopimuksen soveltamisesta. Hankintalailla on siten pyritty aikaansaamaan nykyiseen soveltamiskäytäntöön nähden enemmän oikeusvarmuutta.[47] Sillä on tavoiteltu mm. yksityiselle asetettavien velvoitteiden selvää, ennakoitavaa ja riittävän täsmällistä normatiivista ja konkreettista määrittelyä. Oikeusvarmuuden periaate ja siitä seuraava yksilöiden suoja merkitsevät siten, että vilpittömässä mielessä toimineella ja toimivalla yksityisellä henkilöllä, yrityksellä tai muulla oikeussubjektilla tulee tietyin – legitiimein – edellytyksin olla oikeus luottaa viranomaisen toimintaan. Luottamuksensuojan kohteena ovat etenkin seuraavat seikat: yhteisö ja jäsenvaltion viranomaiset noudattavat lakia, pysyvät tekemissään päätöksissä ja antamissaan sitoumuksissa sekä noudattavat omaksumaansa tulkintalinjaa. Lisäksi luottamuksensuojaan liittyy yleinen taannehtivien toimenpiteiden kielto.[48]

Hankintalain 1 §:n 1 momentin mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa siten kuin tässä laissa säädetään. Lain keskeisin velvoite on 1 momentissa mainituille viranomaisille ja muille siinä mainituille yksiköille määrätty hankintojen kilpailuttaminen. Lain 1 §:n 2 momentin mukaan lain tavoitteena on *tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä* sekä *turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakoita julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa*.

Tämän tutkimuksen kannalta olennainen kysymys on, miten hankintalaki edistää kunnan velvollisuutta toteuttaa kunnan asukkaalle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut. Siksi lain tarkoitus *edistää hankintayksikön hankintojen tekemistä* on tutkimuksessa keskeisessä asemassa. Edellä todettuun edistämistavoitteeseen viitataan hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp, s. 46) yleisesti siten,

---

[47] HE 50/2006 vp, s. 25.

[48] Luottamuksensuojaan EU-oikeudellisessa oikeuskäytännössä on asetettu erityisesti neljä kriteeriä: 1) ajallinen ulottuvuus, 2) odotusten legitiimisyys, 3) yksityisen vilpitön mieli sekä 4) viranomaistoimen pysyvyyden mukaan määräytyvä kriteeri. Ajallisena edellytyksenä on, että yksityiset odotukset ovat muodostuneet ennen periaatteen kannalta arvioitavaa viranomaistoimintaa. Oikeusvarmuuden ja erityisesti luottamuksensuojaperiaatteen yhteys on oikeuskäytännössä kiinteä, eikä niitä voida täysin selvärajaisesti erottaa toisistaan. *Mäenpää*, 2001, s. 221, 222, 224 ja 225–234.

että julkisissa hankinnoissa tavoitellaan *hankintayksikön tarpeita hinta–laatusuhteeltaan parhaiten vastaavaa ratkaisua*.[49]

Julkisten varojen käytön tehostamistavoitetta ei ollut aikaisemmassa hankintalainsäädännössä nimenomaisesti mainittu, vaikka oikeuskäytännössä se on säännönmukaisesti tunnustettu kilpailuttamismenettelyn tavoitteeksi.[50] Hankintalaissa tavoite julkisten varojen käytön tehostamisesta näytetään nostettavan ensisijaiseksi. Tähän johtopäätökseen antaa perusteen se, että varojen tehostamistavoite tavoite on nyt todettu nimenomaisesti samalla esittäen se laissa ensimmäisenä. Myös hallituksen esitys (HE 50/2006 vp, s. 6 ja 46) korostaa samaa prioriteettia todetessaan julkisten hankintojen sääntelyn tavoitteena olevan tehostaa julkisten varojen käyttöä siten, että käytettävissä olevilla rajallisilla resursseilla pystytään hankkimaan laadultaan parhaita tuotteita ja palveluja.[51] Komissio korostaa hankintasäännösten tarpeellisuutta siten, että yhteisön laajuinen kilpailu hankinnoista johtaa varojen tehokkaaseen jakamiseen ja siten tehostaa julkisen palvelun laatua sekä parantaa talouden kasvua, *kilpailukykyä* ja *työllisyyttä* sekä *lisää yleisön ja veronmaksajien luottamusta varojen käyttöön* ja *julkiseen hallintoon*. [52]

Julkisten varojen käytön tehostamista koskevan tavoitteen voitaisiin katsoa kuuluvan pikemminkin kuntaa yleisesti koskevan lainsäädännön tehtäväksi. Nostaessaan varojen käytön tehokkuusvaatimuksen ensisijaiseksi tavoitteeksi muodostaa tämä myös lähtökohdan hankintayksikölle sen määritellessä hankinnan toteutusta. Kunnan itsenäisen päätöksenteon kannalta hankintalain 1 §:ssä määriteltyjä tavoitteita varojen tehokkaasta käytöstä ja laadukkaiden hankintojen tekemisestä ei tule kuitenkaan lukea erillisinä, vaan yhdessä, toisiinsa vaikuttavina tavoitteina. Hankintayksikkönä kunnan tehtäväksi jää määritellä, millaisen painoarvon se asettaa hankinnassa asiakkaiden yksilöllisten tarpeiden mukaiselle laadulle ja millaisen hankinnasta aiheutuville taloudellisille seurauksille.

Hallituksen esityksessä lakia perustellaan yhteisön tavoitteiden edistämistehtävän ohella sillä, että hankintayksiköillä voidaan katsoa olevan myös kansallisella tasolla merkittäviä mahdollisuuksia elinkeinotoiminnan edistämiseen julkisia hankintoja tehdessään. Tavoitteet vastaavat Euroopan yhteisön perustamisso-

---

[49] HE 50/2006 vp, s. 6 ja 46.

[50] Esimerkkinä kilpailuneuvoston päätöksistä voidaan mainita tekonivelleikkauksia koskeva päätös Dnro 174/690/00, 17.9.2001. Siinä todettiin tekstissä mainittu tehostamistavoite ja periaatteet, kilpailuttaminen sekä tarjoajien että tarjousten syrjimätön ja tasapuolinen kohtelu ja avoin menettely. Markkinaoikeuden ratkaisuista esimerkkinä vastaavasti laboratoriopalveluja koskeva päätös 14/04, Dnro 137/03/JH, 23.1.2004.

[51] Hallituksen hankintalakia koskeneen esityksen antamisen yhteydessä julkaistiin myös kauppa- ja teollisuusministeriön virkatyönä tekemä vaikutusarvioselvitys. Selvityksessä on arvioitu hankintalakiesityksen vaikutuksia. Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi, KTM, Julkaisuja 18/2006.

[52] Ks. Komission tiedonanto, Julkiset hankinnat Euroopan unionissa, s. 4.

pimuksen tavaroiden ja palvelujen vapaan liikkuvuuden sekä sijoittautumisvapauden tavoitteita (HE 50/2006 vp, s. 46).[53] Laissa tämä ilmenee *yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia koskevana* turvaamistehtävänä.

Aikaisemman hankintalain 1 §:ssä oli ilmaistu lain tarkoituksena olleen kilpailun aikaansaaminen. Kilpailu on toimivien markkinoiden tunnusmerkki, jonka syntyminen Euroopan yhteisön tasolla on mahdollista, jos perustamissopimuksen turvaamat palvelujen ja tavaroiden liikkuvuutta sekä sijoittautumisoikeutta koskevat vapausperiaatteet toteutuvat. Hankintadirektiivin tavoitteena on eliminoida esteet mm. palvelujen ja tavaroiden tarjonnalta ja siten suojella toiseen jäsenmaahan sijoittautuneen tarjoajan intressiä.[54]

Hankintalain sääntelyn tarkoitusta perustellaan hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp, s. 6) sillä, että samalla avataan julkisten hankintojen markkinat koko yhteisön alueella muista jäsenvaltioista tulevalle kilpailulle.[55] Esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Concordia Bus Finland* C-513/99 hankintadirektiivien perusajatusta perusteltiin nimenomaan sillä, että niiden tarkoituksena on erityisesti varmistaa toimiva kilpailu.[56] Kilpailun aste riippuu käytännössä markkinoiden toimivuudesta. Tarjoajien puuttumisen lisäksi markkinoiden toimimattomuutta edustaa myös sellainen tilanne, jossa hankintamenettelyssä jää jäljelle vain yksi tarjous.[57] Hankintaviranomaisella ei ole silloin velvollisuutta tehdä sopimusta. Välittömänä syynä tähän on se, ettei hintojen vertailumahdollisuutta ole, mutta samalla tarjoajien puuttuminen osoittaa kilpailun puuttumisen ja markkinoiden toimimattomuuden.[58]

Hankintalain on katsottava sisältävän myös kansallisen elinkeino- ja kilpailupoliittisen tavoitteen. Tämä ilmenee hallituksen esityksestä, vaikka ei laki tätä tavoitetta tuo nimenomaisesti esille. Elinkeinopoliittisiin tavoitteisiin viittaa myös talousvaliokunnan mietinnön lain 61 §:ää koskeva kannanotto, jossa valiokunta pitää tarpeellisena ottaa huomioon pk-yritysten mahdollisuudet osallistua ryhmittyminä tarjouskilpailuun.[59] Julkisten varojen säästötavoitekaan tuskin toteutuu ilman, että elinkeinotoimintaa harjoittaville yrityksille tarjoutuu kehittyviä mahdollisuuksia hyödykkeiden tuottamisessa ja markkinarakenne muodos-

---

53 HE 50/2006 vp, s. 46.
54 Asia C-237/99, *komissio vs. Ranska*, k. 41.
55 HE 50/2006 vp, s. 6.
56 Asia C-513/99, *Concordia Bus Finland*, k. 81.
57 Ks. KHO 1.4.1999, taltio 770. Kyseisessä tapauksessa hankintayksikön tietoon oli tarjousten jättämisen jälkeen tullut, että linja-autoliikenne oli mahdollista hoitaa asiakasmaksutulojen varassa. KHO 28.11.2001, taltio 2973, missä toisen tarjouksen tultua hylätyksi tarjouspyyntöä vastaamattomana, jäljelle jäi vain yksi tarjous, jonka hintaa hankintayksikkö piti liian korkeana.
58 Asia C-27/98, *Fracasso ja Leitschutz*, k. 32 ja 33. Vastaavasti KHO 28.11.2001, taltio 2973.
59 TaVM 26/2006 vp, Valiokunnan kannanotot.

tuu vähitellen kilpailulliseksi. Elinkeinotoiminnan kehittyminen edellyttää markkinoiden kehittymistä.

Hankintalain tavoitedynamiikka vaikuttaisi olevan ristiriidassa lain 2 § 1 momentin sisällön kanssa, sillä viimeksi mainitun lainkohdan mukaan hankintayksikön on ”*käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet*”. Lain tarkoituspykälän sisältöä on siten muutettu ja muutosta perustellaan hallituksen esityksessä sillä, ettei hankintasäännösten tarkoituksena ole ensisijaisesti pyrkiä muuttamaan aktiivisesti kilpailuolosuhteita.[60] Tosiasiana voidaan pitää sitä, etteivät hankintalain julkisten varojen käytön tehostamista ja laadukkaiden hankintojen tekemistä koskevat tavoitteet voi toteutua, mikäli markkinat eivät ole kilpailulliset. Jotta hankintatoiminnan tavoite varojen säästöstä voisi toteutua, tulisi hankintatoimenkin edistää markkinoiden kehittymistä. Kilpailua ei nimittäin synny, mikäli tarjouksia ei pyydetä, eikä myöskään silloin, jos ei ole olemassa useampaa tarjoajaa kuin yksi, eli markkinat eivät toimi.[61] On kuitenkin varsin hyödytöntä keskustelua pyrkiä määrittelemään, kumpi edellä mainituista tekijöistä on muna ja kumpi kana.

Edellä todetun perusteella hankintalain muutosta on syytä kritisoida sikäli, että aikaisemmin todettu lain toteutumisen ”välineellinen” tavoite kilpailun aikaansaamisesta kuvasi nykyistä paremmin kilpailuttamisen idean, kilpailun aikaansaamisen, jolloin on mahdollista saavuttaa lain hankintatoimelle asettamat tavoitteet. Sen sijaan on poliittinen tarkoituksenmukaisuuskysymys, missä määrin hankintalailla halutaan ohjata julkisyhteisöjä aktiivisesti hankkimaan palveluja ostopalveluina kilpailluilta markkinoilta, taikka miten lailla halutaan vaikuttaa markkinoiden rakenteeseen.

Hallituksen esitys voitaisiin nähdä siten, että siinä sanoudutaan kansallisten markkinoiden kehittymisen osalta irti Euroopan yhteisön sisämarkkinapolitiikasta ja sen mukaisesta markkinoiden kehittymisestä. Tarkoituksena lienee ollut vain suojata tässäkin yhteydessä kunnan itsenäistä päätösvaltaa sen suhteen, hankitaanko palvelut, tavarat taikka rakennustyö kunnan oman organisaation ulkopuolelta.

Hankintalain 2 §:n 1 momentti sisältää myös julkisissa hankinnoissa noudatettavat tärkeimmät yhteisön oikeuden johtavat periaatteet:

– Hankintayksikön on kohdeltava tarjousmenettelyn ehdokkaita ja tarjoajia *tasapuolisesti* ja *syrjimättä* sekä

---

[60] Kauppa- ja teollisuusministeriön hankintalakia valmistelleessa työryhmässä vastustettiin hankintalain muotoilua, jossa hankintayksiköiden piti ”kilpailuttaa kilpailun aikaansaamiseksi”. Työryhmässä katsottiin (mm. kuntaliitto), etteivät hankintayksiköt voi aktiivisesti luoda markkinoille tarjontaa. *Kontuniemi*, haastattelu.

[61] Ks. esimerkkinä kilpailun puuttumisesta asia C-27/98, *Fracasso ja Leitschutz*, k. 32 ja 33.

– toimittava *avoimesti* ja
– *suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen*.[62]

Periaatteiden tausta on yhteisön perustamissopimuksessa ja yhteisöjen tuomioistuimen muodostamissa oikeusperiaatteissa.[63] Hankintalain tavoitteena on säännellä sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevista menettelytavoista siten, että laissa on vahvistettu periaatteina yhteisön oikeuden *syrjimättömyys-*, *suhteellisuus-*, ja *avoimuusperiaatteet*.[64] Kyseisiä palveluhankintoja koskevat menettelytavat on määritelty ottaen huomioon näiden periaatteiden vaikutukset. *Avoimuusperiaate* perustuu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön (esimerkiksi *Teleaustria* C-324/98), mutta samalla sen voidaan kansallisesti katsoa perustuvan myös yleisesti tunnustettuihin hallinnon avoimuutta koskeviin vaatimuksiin, joista on säädetty hallintolaissa (434/2003) sekä laissa viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999).[65] Avoimuusperiaate edellyttää esimerkiksi, että hankintamenettelyä koskevia tietoja ei salata, hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisemisesta tiedotetaan tarjouskilpailuun osallistuneille ja että hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia.

Kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kielto on myös erityinen yhdenvertaisen kohtelun periaatteen ilmaus.[66] Yhdenvertaisen kohtelun periaate merkitsee, että samanlaisia tapauksia ei pitäisi käsitellä eri tavoin, ellei erilaiselle kohtelulle ole objektiivisia perusteita.[67] Perustamissopimuksen eri artikloista ilmenevä syrjinnän kielto ei koske vain kansalaisuuteen perustuvaa diskriminointia, vaan edellä mainitut periaatteet ovat ilmaisuja yleisestä yhdenvertaisuusperiaatteesta, joka edellyttää toisiinsa rinnastettavissa tilanteissa meneteltäväksi samalla tavalla ja erilaisissa tilanteissa eri tavalla.[68] Yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vaikutusta voidaan nähdä siinä, että erityisten diskriminointikieltojen – etenkin kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltävän 12 artiklan – soveltamista on

---

[62] Ks. yhteisön oikeuden oikeusperiaatteista hankintadirektiivien yhteydessä myös *Kalima*, 2001, s. 37–48.

[63] Periaatteista myös HE 69/1997 vp, s. 16.

[64] HE 50/2006 vp, s. 25. Menettelytapaa koskevan valinnan vapauden kansalliset tuomioistuimet ovat lähes poikkeuksetta hankinta-asetuksen (380/1998) 3 §:n 2 momentin nojalla todenneet ratkaisuissaan. Näin esimerkiksi KHO 30.11.2004, taltio 3048, missä oli kyse sairaankuljetuksen järjestämisen yhteistyösopimuksesta. Hankinta-asetus siis perustui mm. aikaisemmin voimassa olleeseen hankintadirektiiviin.

[65] HE 50/2005 vp. s. 47.

[66] Asia C-458/03, *Parking Brixen GnbH*, k. 48.

[67] Asia C-106/83, *Sermide SpA*, k. 28, yhdistetyt asiat C-21/03 ja 34/03, *Fabricom SA v. Belgia*, k. 27.

[68] Tämä ilmenee mm. asiasta C-292/97, *Karlsson*, k. 39. Tapauksessa oli kyse perustamissopimuksen 40 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan mukaisesta syrjintäkiellosta.

laajennettu uusille aloille. Syrjintäkieltoja on pyritty täsmentämään oikeuskäytännössä ja korostamaan niiden merkitystä kansallisessa hallintotoiminnassa.[69]

Velvollisuus noudattaa *yhdenvertaisen kohtelun* periaatetta vastaa julkisia hankintoja koskevien direktiivien perusajatusta, koska näiden direktiivien tarkoituksena on erityisesti varmistaa toimiva kilpailu kunkin asianomaisen direktiivin soveltamisalalla ja niissä ilmaistaan sopimuksen tekoperusteet, joilla tällainen kilpailu pyritään varmistamaan. Syrjinnän kiellon periaatetta ei voida tulkita suppeasti.[70]

Hankintadirektiivin mukainen hankintasääntöjen kansallinen implementointi yhdistää yhteisön oikeuden periaatteet kansalliseen lainkäyttöön. Yhteisön oikeuden oikeusperiaatteiden huomioon ottaminen ja soveltaminen eivät sisällä merkittäviä laadullisia uutuuksia suomalaiseen oikeuskulttuuriin tai hallinnon oikeuslähteisiin. Hallintoa koskevista periaatteista voidaan puhua useammassakin merkityksessä. Niillä voidaan tarkoittaa lailla määrättyjä periaatteita ja viitata hallintoa koskevan lainsäädännön keskeisiin lähtökohtiin ja tavoitteisiin. Tällaisia lakiperusteisia periaatteita ovat esimerkiksi perustuslain 12 §:n 2 momenttiin ja 21 §:n 2 momenttiin nojautuvat julkisuusperiaate, hyvän hallinnon periaate ja kuulemisperiaate.

Perustuslakiin ankkuroituvat yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet sisältyvät nykyisin hallintolain (434/2003) 6 §:ään. Periaatteet on otettava huomioon kaikessa hallintotoiminnassa, myös sosiaalioikeuden alalla. Näihin periaatteisiin kuuluvat 1) yhdenvertaisuus, 2) objektiviteetti, 3) suhteellisuus, 4) tarkoitussidonnaisuus ja 5) luottamuksensuoja.[71] Kansallisten hallinto-oikeuden periaatteiden ja yhteisön oikeuden materiaalisten oikeusperiaatteiden välillä ei yleisesti ottaen ole eroavuutta. Yhteisön oikeuden oikeusperiaatteiden huomioon ottaminen ja soveltaminen eivät sisällä merkittäviä laadullisia uutuuksia suomalaiseen oikeuskulttuuriin tai hallinnon oikeuslähteisiin. Suomen oikeudessa toistaiseksi suppeaksi jäänyt *suhteellisuusperiaate* voi saada *Mäenpään* mukaan uusia virikkeitä EU-oikeuden suhteellisuusperiaatteesta. *Yhdenvertaisuusperiaatteen* soveltamisessa taas tosiasiallisesti syrjivän menettelyn ja hallintokäytäntöjen piilovaikutusten merkitys voi vielä nykyisestään korostua. [72]

---

[69] Ks. *Mäenpää*, 2001, s. 211.

[70] Asiat C-513/99, *Concordia Bus Finland*, k. 81 ja C-243/89, *komissio v. Tanska*, k. 33.

[71] *Tuori*, 2004, s. 151 ja *Mäenpää*, 2003, s. 162 ss.

[72] Ks. *Mäenpää*, 2001, s. 239 ss. ja *Mäenpää*, 2003, s. 173. Esimerkki tasapuolisuuden vaatimuksesta kunnan toiminnassa on KHO:n tapaus 5.3.1969, taltio 1371. Kaupunginhallituksen katsottiin ylittäneen toimivaltansa päättäessään vuokrata kaupungin omistaman kioskin alimman tarjouksen tehneelle urheiluseuralle, vaikka kaksi muuta hakijaa, joiden kykyä kioskiliikkeen harjoittamiseen ja vuokran maksamiseen ei ollut asetettu kysymyksenalaiseksi, oli tehnyt korkeamman tarjouksen.

Hankintalain 2 § sisältää varsinaisten periaatteiden lisäksi muuta informaatiota lain soveltamisesta. Hankintatoimelta edellytetään taloudellisuutta ja suunnitelmallisuutta sekä tarkoituksenmukaisuutta, eli hankinnat on pyrittävä tekemään tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina ja ympäristönäkökohdat huomioiden. Hankintoja ei saa myöskään pilkkoa, jotta siten vältyttäisiin sääntöjen soveltamiselta. Tällainen ohjaus selventää lain tavoitteita ja sillä voi olla merkitystä, kun ratkaisua harkitaan tulkintatilanteessa yksiselitteisen säännön puuttuessa. Lakia voidaan tältä osin pitää myös suosituksen luonteisena, kun siinä todetaan hankintayksiköiden voivan hyödyntää hankintatoimintaan liittyvien hallinnollisten tehtävien vähentämiseksi yhteishankintoja, puitejärjestelyjä ja muita yhteistyömahdollisuuksia.[73]

Julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön valmistelun yhteydessä ei ole kiinnitetty paljoakaan huomiota siihen, miten lainsäädäntö liittyy kansallisten perusoikeuksien toteutumiseen. Hankintalain tavoitteet ja periaatteet ovatkin saaneet lähtökohtansa Euroopan yhteisön lainsäädännöstä. Perusoikeuksien vaikutusten huomioon ottaminen olisi ollut perusteltua erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluja koskevien säännösten perustana ja tulkintatukena. Perusoikeuksiin on viitattu lakia koskevassa hallituksen esityksessä vain siinä yhteydessä, kun esillä on julkista palvelutehtävää koskevan yksinoikeuden antaminen.[74]

Tarkasteltaessa hankintalakia sen 1 §:ään kirjattujen tavoitteiden perusteella, on todettavissa, ettei laki ota kantaa perusoikeuksien väliseen painoarvoon. Myöhemmässä vaiheessa tätä tutkimusta pyritään selvittämään kuitenkin sitä, johtaako hankintamenettelyä koskevien yksityiskohtaisten määräysten soveltaminen tiettyyn perusoikeuksien prioriteettiin. Samalla on myös arvioitava erikseen perustamissopimuksen taloudellisten vapausoikeuksien vaikutuksia sosiaalisiin perusoikeuksiin.

[73] HE 50/2006 vp, s. 48.
[74] Ks. HE 50/2006 vp, s. 65.

5 Hankintatoimen sosiaaliset ja muut yhteiskunnalliset tavoitteet

Hankintatoimen primaarinen tavoite voidaan määritellä tavaroiden tai palvelujen hankinnaksi, jotta hankintatoimi parhaalla mahdollisella tavalla täyttäisi tehtävänsä. Hankintatoimen toteuttamiseen vaikuttavat kuitenkin teolliset, sosiaaliset, ympäristöön liittyvät tai muut poliittiset huolenaiheet, jotka ovat riippumattomia primaarisista tavoitteista. Näitä on kutsuttu sekundaarisiksi tavoitteiksi tai amerikkalaisessa terminologiassa rinnakkaistavoitteiksi. Sosiaalisilla kysymyksillä yhteisön oikeuden soveltamisen yhteydessä tarkoitetaan mm. pitkäaikaisen työttömyyden torjumista, hyvien työskentelyolosuhteiden tai ihmisoikeuksien ja taloudellisesti heikoilla alueilla paikallisen työvoiman käytön edistämistä sekä vähemmistöryhmien syrjinnän kieltoa, naisten ja miesten tasapuolisten mahdollisuuksien ja vammaisten työllistämisen edistämistä.[75]

Tässä tutkimuksessa esillä oleviin sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin liittyy itsessään sisällöllisesti sosiaalinen tarkoitus. Valtio turvaa lähtökohtaisesti perustuslain 19 §:n 1 tai 3 momentin perusteella yksilölle mahdollisuuden ihmisarvoiseen elämään järjestämällä sosiaali- tai terveyspalvelun. Sosiaalipalvelulla on ihmisläheinen, sosiaalinen sisältö, joka on kyseisen palvelun järjestämisen primaarisena tavoitteena. Tähän ei tule sekoittaa sekundaarisia tavoitteita tai oheisvaikutuksia, joita palvelun markkinaehtoisella järjestämisellä saattaa olla kansantalouteen tai yritystoimintaan.[76]

Komissio katsoi jo vuodelta 1996 olevassa julkisia palveluhankintoja koskeneessa vihreässä kirjassaan, että direktiiveihin sisältyvät määräykset antavat mahdollisuuden edistää myös sosiaalisia tavoitteita. Näillä komissio selvästikin tarkoitti hankintatoimeen liittyviä sekundaaritavoitteita. Samassa yhteydessä komissio toi esille sen, että kynnysarvon alittavissa hankinnoissa hankintayksiköt voivat asettaa etusijalle sosiaalisia sopimuksentekoperusteita, jos ne laajennetaan koskemaan syrjimättömästi kaikkia yhteisön oikeussubjekteja, joilla on samat ominaisuudet.[77] Hankintaviranomaisella on mahdollisuus käyttää perusteena

---

[75] *McCrudden*, 1998, s. 219 ss. ja *Saari*, 2003, s. 87 ss. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä asiat C-31/87, *Beentjes* k. 28 ja 30 ja C-243/89, *"Storebelt"*, k. 45. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen edellä olevissa ennakkoratkaisuissa on syrjimättömyyden periaatteen todettu tarkoittavan, etteivät hankinnalle asetetut vaatimukset saa olla esimerkiksi työllisyyspoliittista syistä paikallisia, tiettyjä alueita suosivia tai syrjiviä.

[76] Ks. kriittinen näkökulma direktiivin säätämiseen *Bovis*, 2005, s. 618.

[77] Komissio, Vihreä kirja, Julkiset hankinnat Euroopan unionissa, s. 46.

työttömyyden torjuntaan liittyvää perustetta edellyttäen, että tämän perusteen osalta noudatetaan yhteisön oikeuden yleisiä periaatteita ja erityisesti syrjimättömyysperiaatetta, sellaisena kuin se ilmenee perustamissopimuksen sijoittautumisoikeutta ja palvelujen tarjoamisen vapautta koskevista määräyksistä.[78]

Komission vuodelta 1998 olevan tiedonannon mukaan palveluhankinnat, joilla on sosiaalinen tarkoitus, koskevat useimmissa tapauksissa direktiivin 92/50/ETY liitteen I B tai direktiivin 93/38/ETY liitteen XVI B mukaisia palveluita, eikä niihin siten sovelleta direktiivin yksityiskohtaisia menettelysääntöjä, mm. valintaperusteita ja sopimuksen tekemisen perusteita koskevia sääntöjä.[79] Näissä hankinnoissa, joita direktiiveissä ei tarkoiteta, julkisia hankintoja suorittavat toimijat voivat vapaasti toteuttaa sosiaalisia tavoitteita, kunhan EY:n perustamissopimuksen yleisiä määräyksiä ja periaatteita noudatetaan. Komissio näyttää tässä yhteydessä yhdistävän jossain määrin primaarisen ja sekundaarisen tavoitteen.

Sekundaaritavoitetta edustaa komission kannanotto, jossa se on hyväksynyt ns. ”myönteiset toimet” eli julkisen hankinnan käytön keinona saavuttaa sosiaalinen tavoite, antamalla suppea hankintasopimus suojatyöpajalle, jonka ei voida kohtuullisesti olettaa pystyvän kilpailemaan perinteisten kaupallisten, tavanomaisen tuottavuustason yritysten kanssa.[80] Hankintatoimen suuntaamisen tarkoituksena on edistää kyseisen erityisryhmän sosiaalista työllistymistä.

Eurooppalaisessa sosiaalipolitiikassa korostetaan Euroopan talouden kehitystarvetta. Taloudellinen kehitys ja sosiaalinen yhteenkuuluvuus ovat yhdessä korkeatasoisen ympäristönsuojelun ja ympäristön laadun parantamisen kanssa kestävän kehityksen toisiaan täydentäviä piirteitä. Yhteisön piirissä korostetaan elintason kohottamista, korkeaa työllisyysastetta ja sosiaaliturvan edistämistä, työ- ja elinolojen parantamista sekä elämänlaadun kohottamista yhteisön tavoitteina.[81] Edellä olevasta yhteisön politiikasta huolimatta sosiaalisten ja mm. ympäristöön liittyvien tavoitteiden huomioon ottaminen hankintatoimessa on rajoitettua siksi, että hankinnalle asetettavien vaatimusten tulee olla perusteltuja *itse hankinnan kohteen* kannalta. Vaikka hankintadirektiivit asettavat etusijalle taloudellisesti edullisimman tarjouksen, on yhteisöjen tuomioistuin hyväksynyt kuitenkin sen, että hankintaviranomainen voi käyttää hankinnassa kriteeriä, joka ei ole luonteeltaan puhtaasti taloudellinen rahallisessa merkityksessä.[82]

---

[78] Asia C-225/98, *komissio vs. Ranska*, k. 41.

[79] Mahdollisuuksista ottaa sosiaaliset näkökohdat huomioon julkisissa hankinnoissa, KOM (2001) 566 lopullinen, s. 4.

[80] Tämä mahdollisuus ilmenee uuden hankintadirektiivin johdanto-osan 28 kohdasta.

[81] Komission tiedonanto, Julkiset hankinnat Euroopan unionissa, s. 31.

[82] Ks. muista kuin taloudellisista näkökohdista *Arrowsmith*, 2005, s. 505 ja 1225. Sosiaali- ja terveysvaliokunnan hankintalakia koskeneen lausunnon mukaan sosiaaliset ja ympäristönäkökohdat voitaisiin huomioida teknisissä eritelmissä sopimuksen tekoperusteina. StVL 13/2006 vp.

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö on selkeyttänyt varsin hankalaa rajanvetoa hankintatoimen *primaaritavoitteiden* ja *sekundaaritavoitteiden* välillä. Ennakkoratkaisun *Concordia Bus Finland Oy Ab* C-513/99 mukaan hankintaviranomainen saa autonomisesti sisällyttää hankintaan vaatimuksia, kunhan nämä eivät ole yhteisön oikeuden perusperiaatteiden ja erityisesti syrjintäkiellon vastaisia. Tällaisia olivat myös erityisvaatimukset typpioksidipäästöistä ja melutasosta.[83]

Hankintalain 14 § sallii hankinnan suunnattavaksi siten, että hankinnan suorittaminen, esimerkiksi kunnan ostamat hyödykkeet eivät itsessään toteuta sosiaalilainsäädännössä niille määrättyä primaarista tavoitetta järjestää sosiaalista turvaa. Edellä mainitun lainkohdan mukaan hankintayksikkö voi rajoittaa osallistumisen julkisiin hankintamenettelyihin työkeskuksille tai varata niiden toteuttamisen työohjelmien yhteydessä, jos asianomaisten työntekijöiden enemmistö on vammaisia, jotka eivät vammojensa luonteen tai vakavuuden vuoksi voi harjoittaa ammattitoimintaa tavanomaisissa olosuhteissa. Kysymys on hankintatoimelle asetettavasta sekundaarisesta tavoitteesta. Hankintalain 14 §:n säätämisen yhteydessä ei ole pohdittu erityisesti hankintadirektiivin 19 artiklan kansallista soveltamista, vaan kyseinen artikla on sellaisenaan otettu osaksi hankintalakia.

Työkeskuksilla tarkoitetaan laissa yksiköitä, joiden enemmistö on vammaisia, jotka eivät voi vammojensa luonteen vuoksi harjoittaa ammattitoimintaa tavanomaisissa olosuhteissa. Tavoitteena on siten edistää vammaisten työllistymistä ja heidän osallistumistaan yhteiskuntaan. Hankintalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan määritelmän tarkoittamaa toimintaa voi olla ainakin sosiaalihuoltolain (710/1982) 27 d §:ssä säännelty vammaisten henkilöiden työllistymistä edistävä toiminta.

Hankintalain 14 §:n poikkeussäännös mahdollistaisi hankintojen suuntaamista esimerkiksi heikossa työmarkkina-asemassa oleville työllistämistä tavoitteleville yksiköille, kuten sosiaalisista yrityksistä annetun lain (1351/2003) mukaisille sosiaalisille yrityksille.[84] Mahdollisuus olisi ollut kansallisista kilpailu- ja elinkeinopoliittisista tavoitteista johtuen säätää kansallinen lainsäädäntö direktiiviä tiukemmaksi. Lainsäätäjän kantana on näin ollen se, ettei hankintalain 14 §:n sisältämän normin mukainen, markkinoiden toimintaa estävä vaikutus ole suhteeton, kun otetaan huomioon vammaisten työllistymistä edistävän sosiaalipoliittisen tavoitteen sisällöllinen painoarvo.

---

[83] Asia C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab,* k. 69.
[84] HE 50/2006 vp, s. 66.

6 Hankintasopimus

Hankintasopimuksella tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 1 kohdan määritelmän mukaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai useamman tarjoajan ja yhden tai useamman hankintayksikön välillä ja jonka tarkoituksena on kyseisessä laissa tarkoitetun rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Määritelmä perustuu hankintadirektiiviin, joka säätää ”hankintasopimusten tekomenettelystä”.[85] Terminologisesta erosta huolimatta hankintalain ja hankintadirektiivin sisältämillä määritelmillä ei ole sisällöllistä eroa. Suomessa hankintasopimuksen tekemistä on totuttu pitämään menettelyn päättävänä vaiheena.

Hankintalain 5 §:n 1 momentin 4 kohta sisältää erikseen palveluhankintasopimuksen määritelmän. Määritelmä tapahtuu muut sopimukset poissulkevasti siten, että hankinnalla tarkoitetaan muuta kuin julkista rakennusurakkaa ja julkisia tavarahankintoja koskevaa sopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen.[86] Palveluhankintasopimukseksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on suurempi kuin tavaroiden arvo. Lisäksi palveluhankintasopimukseksi katsotaan lainkohdan mukaan sellainen hankintasopimus, johon palvelujen ohella liittyy liitteessä C tarkoitettuja rakennustöitä.

Palveluhankintasopimuksen määritelmä on yleinen, laaja ja siten riippumaton palvelun aineellisesta sisällöstä. Hankintasääntöjen soveltamisen kannalta palvelujen erottelu sen sisällön perusteella tapahtuu direktiivin ja vastaavasti hankintalain liitteiden mukaisesti tapahtuvalla luokittelulla kahteen ryhmään, ns. ensisijaisiin ja toissijaisiin palveluihin.[87] Palvelut erotellaan näissä kahteen eri ryhmään siten, että esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluvat direktiivissä liitteen II B sisältämiin palveluihin.[88] Myös sosiaali- ja terveyspalvelut on sisällytetty hankintalain soveltamisen alaan säätämällä niiden hankintaa koskevat erityiset määräykset, vaikka hankintadirektiivin perusteella tämä ei olisi ollut välttämätöntä.

---

[85] Ks. hankintasopimuksen muodostavista tekijöistä asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 38–45. Hankintasäännöstön tarkoittamasta julkisesta hankinnasta *Kalima – Häll*, 2007, s. 56–69.

[86] Hankintadirektiivin palveluhankintasopimuksen määritelmästä *Trepte*, 1993, s. 105.

[87] Liitteen A ja liitteen B mukaisten palvelujen eroista, *Arrowsmith*, 2005, s. 310–316.

[88] Palvelut on luokiteltu yksityiskohtaisemmin yhteisestä hankintasanastosta (CPV) annetussa Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksen 2195/2002/EY mukaisessa viitenimikkeistössä. EYVL, L 340 16.12.2002 s. 1–562. Asetus tuli voimaan 16.12.2003.

Palveluhankintasopimuksen olennaisena piirteenä on sopimuksen vastikkeellisuus, jolla tarkoitetaan hankintayksikön velvollisuutta suorittaa sopimuksesta muodossa tai toisessa taloudellinen vastike. Hankintasopimuksella tulee olla taloudellista arvoa. Taloudellista arvoa katsotaan olevan sopimuksella, josta maksetaan rahallinen korvaus tai joka oikeuttaa tarjoajan muuhun hankintayksikön myöntämään taloudelliseen hyötyyn.

> Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Parking Brixen* C-458/03 todettiin, että mikäli tarjoajan saama korvaus ei ole peräisin asianomaiselta viranomaiselta, vaan kolmansien kyseisen pysäköintialueen käytöstä suorittamista maksuista, ei kyse ole tuolloin voimassa olleen palveluhankintadirektiivin 92/50 mukaisesta palveluhankintasopimuksesta. Tämä hyvitystapa merkitsee sitä, että palvelujen tarjoaja ottaa vastatakseen kyseiseen palvelutoimintaan liittyvistä taloudellisista riskeistä. Tässä tapauksessa oli siten kyse julkisia palveluhankintoja koskevasta käyttöoikeussopimuksesta.[89]

Säännösten kiertämisen estämiseksi hankintalaki soveltuu myös sellaisiin järjestelyihin, joissa asiallisesti on kyse hankinnasta, mutta vastike suoritetaan muuta kautta, esimerkiksi tuen muodossa. Vastike voi olla esimerkiksi rakennuksen käyttöoikeus.[90] Tämä tulkintatapa on johdonmukainen yleisen kilpailuoikeudellisen tulkintaperiaatteen kanssa sikäli, että ratkaisevia tulkinnassa ovat menettelyjen tarkoitus ja vaikutukset, ei niille annettu juridinen muoto.[91]

Hankintadirektiivin palveluhankintasopimuksen määritelmä noudattaa ”ytimeltään” perustamissopimuksen 50 artiklan määritelmää. Siinä palveluilla tarkoitetaan suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske. Palveluihin kuuluvat artiklan mukaan erityisesti teollinen toiminta, kaupallinen toiminta, käsityöläistoiminta ja vapaiden ammattien harjoittamiseen kuuluva toiminta. Määritelmien yhtäläisyyttä on pidettävä sikäli luonnollisena, että hankintadirektiivin tavoitteena on toteuttaa mm. perustamissopimuksen palveluiden liikkuvuutta koskevaa vapausoikeutta.[92]

Hankintasopimuksen määritelmän mukaan sopimuksen tulee olla kirjallinen. Etenkin suuremmissa hankinnoissa erillisen kirjallisen sopimuksen vaatimus on luonnollinen ja vastaa käytännön menettelytapoja. Sopimus onkin määrätty tehtäväksi kirjallisesti hankintalain 73 §:n 2 momentissa. Hankintalain soveltamisen ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa tällaista vaatimusta ei ole. Tarjouspyynnöstä ja tarjouksesta erillisen kirjallisen sopimuksen vaatimus liittyy myös te-

---

89 Asia C-458/03, *Parking Brixen*, k. 40 ja 42.
90 Ks. *Kalima*, 2001, s. 59.
91 *Kuoppamäki*, 2001, s. 236.
92 Yhtäläisyys ilmenee myös asiassa C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 42.

hokkaiden oikeusturvakeinojen käyttöön, sillä se mahdollistaa hankintapäätökseen kohdistuvat seuraamukset.[93]

Julkisia hankintoja koskevia sopimuksia voidaan tarkastella sopimusvapauden periaatteen kannalta, vaikka näihin sopimuksiin liittyy merkittäviä sopimusvapauden periaatteesta poikkeavia piirteitä. Hankintasopimus on yleensä perusluonteeltaan yksityisoikeudellinen sopimus, joka syntyy hankintayksikön ja toimittajan välille. Julkisissa hankinnoissa sopimuskumppaneiden valinnanvapautta on kuitenkin merkittävästi rajoitettu.[94] Sopimusvapauteen kuuluu myös se, ettei hankintalaki koske hankintayksikön harkintaa ja päätöksentekoa siitä, tuottaako se tarvitsemansa tavarat, palvelut tai rakennusurakat omalla organisaatiollaan vai ostaako se ne organisaationsa ulkopuolelta. Omana työnä eli hankintayksikön sisäisesti, omalla henkilöstöllä teetetty työ on ns. itse tuotettua palvelua, jota hankintalaki ei koske.[95]

Hankintayksikön oikeutena ja myös velvollisuutena on määrittää hankinnan kohde eli ostettavan palvelun laajuus ja laatu. Tähän voidaan puuttua poikkeuksellisesti silloin, jos hankintayksikkö on ylittänyt toimivaltansa sellaisella tavalla ja siinä määrin, että menettely muodostuu lainvastaiseksi, kun huomioon otetaan julkisista hankinnoista annetun lain tarkoitus. Tämä ilmenee mm. kilpailuneuvoston erikoissairaanhoidon palveluja koskevasta päätöksestä 8.5.2001 Dnro 13/690/2000.[96]

Sopimusjärjestelyä on tarkasteltava kokonaisuutena, kun arvioidaan, onko kysymys hankintalaissa tarkoitetusta hankinnasta.

> Kotkan kaupunkia koskeneessa ratkaisussaan markkinaoikeus (MAO 149/04 Dnro 126/04/JH, 27.7.2004) katsoi, että kaupungin päättämän *voucher*-järjestelmän tarkoituksena ja sisältönä oli se, että kaupunki päivähoitopalveluiden lakisääteisesti vastuullisena järjestäjänä hankki palvelurahana maksettavaa vastiketta vastaan valitsemiltaan palveluntuottajilta päättämillään ehdoilla yksityisiä päivähoitopalveluja, joita se tarjosi asiakasmaksulakiin perustuvaa päivähoitomaksua vastaan palvelun käyttäjille.
>
> Mainittu järjestely oli siten tarkoitukseltaan ja rakenteeltaan asiallisesti rinnastettavissa siihen, että Kotkan kaupunki hankkisi päivähoitopalveluja ostopalveluna yksityisiltä palveluntuottajilta. Tätä kokonaisarviota ei muuttanut se, että kyseessä olevassa järjestelyssä ei muodollisesti syntynyt yksityis-

---

93 HE 50/2006 vp, s. 50.

94 Yleisistä sopimuksen tunnusmerkeistä, *Hemmo*, 1998, s. 20 ss. Sopimusvapaudesta voidaan erottaa elementteinä, kuten *Hemmo* on *Muukkosen* alkuperäisen jäsentelyn perusteella erotellut, 1) päätäntävapaus, 2) sopimuskumppanien valintavapaus, 3) tyyppivapaus, 4) muu sisältövapaus kuin tyyppivapaus, 5) muotovapaus ja 6) purkuvapaus. Ks. *Muukkonen*, 1956, s. 607–608. Hemmo on kuvannut sopimusvapautta artikkelin perusteella. *Hemmo*, 2003, s. 75 ss. Ks. myös s. 236 ja s. 236–244, missä Hemmo kuvaa julkisia hankintoja erityisenä tilanneryhmänä.

95 Esimerkkinä oikeuskäytännöstä kilpailuneuvoston päätös 17.9.2001 Dnro 174/690/2000.

96 Kilpailuneuvoston päätös 8.5.2001 Dnro 13/690/2000.

oikeudellista sopimussuhdetta Kotkan kaupungin ja palveluntuottajien välille. Vaikka palveluntuottajilla oli oikeus periä lisämaksua palvelunkäyttäjältä, markkinaoikeus katsoi, että tämän mahdollisen suorituksen osuus järjestelykokonaisuudesta ei ollut merkitykseltään olennainen, vaan että kyseistä suoritusta oli pidettävä lähinnä liitännäisenä järjestelyn pääasialliseen tarkoitukseen ja sisältöön nähden.[97] Markkinaoikeuden ratkaisusta ei valitettu.

Hankintalain 5 §:n 1 momentin 15 kohdan mukaan *puitejärjestelyllä* tarkoitetaan yhden tai useamman hankintaviranomaisen ja yhden tai useamman toimijan välistä sopimusta, jonka tarkoituksena on vahvistaa tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot, kuten hinnat ja suunnitellut määrät.

Kunnan ja sosiaali- ja terveyspalvelujen toimittajan välinen sopimusrakenne poikkeaa merkittävästi normaalista kahden osapuolen sopimussuhteesta. Tähän epäsymmetriseen sopimusrakenteeseen on kiinnittänyt huomiota myös komissio tiedonannossaan (COM(2006) 177 final), missä se esitti näkemyksiään yleishyödyllisistä palveluista. Tiedonannon mukaan sosiaalipalvelujen kyseessä ollessa sopimussuhdetta ei voida pitää normaalina toimittajan ja tilaajan välisenä suhteena, sillä palvelujen rahoitus vaatii myös kolmatta osapuolta.[98]

---

[97] MAO 149/04, Dnro 126/04/JH, 27.7.2004.
[98] COM, (2006)1977 final, s. 5 ss.

7 Hankintayksiköt

Hankintalain 6 §:n 1 momentin mukaan hankintayksiköitä ovat 1) valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, 2) evankelisluterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset, 3) valtion liikelaitoksista annetun lain (1185/2002) mukaiset liikelaitokset, 4) julkisoikeudelliset laitokset ja 5) mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta 1–4 kohdassa tarkoitetulta hankintayksiköltä.

Valtion keskushallintoon katsotaan kuuluvan ministeriöt ja niiden alaiset virastot ja laitokset, lääninhallitukset sekä muut valtakunnalliset hallintoelimet. Nämä yksiköt kuuluvat siten samaan oikeushenkilöön. Sen sijaan kuntalain 1 §:n 1 momentin mukaan Suomi jakaantuu kuntiin, joiden itsehallinto on turvattu perustuslaissa. Ne ovat siten itsenäisiä oikeushenkilöitä, joiden organisaatio koostuu kunnan päätösvaltaa käyttäviin toimielimiin alisteisessa asemassa olevista yksiköistä.

Kuntayhtymän muodossa tapahtuvassa yhteistoiminnassa on kysymys julkista valtaa edustavien yksiköiden tehtävien organisoimisesta. Kyse on silloin perustamissopimuksen 45 artiklan mukaisesta julkisen vallan käytöstä, johon perustamissopimuksen sijoittautumisoikeutta ja palvelujen tarjonnan vapautta koskevan luvun määräyksiä ei sovelleta lainkaan, eikä siihen siten voida soveltaa myöskään hankintadirektiiviä.[99] Hankintalain soveltamisen kannalta kysymys on lopultakin ongelmaton, koska kuntayhtymä on määritelty hankintayksiköksi suoraan hankintalaissa.

7.1 ERITYISESTI JULKISOIKEUDELLINEN LAITOS

Julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan hankintalain 6 §:n 1 momentin mukaan oikeushenkilöä, joka on *nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita*, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja

a) jota rahoittaa pääasiallisesti 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö; tai
b) jonka johto on tällaisen hankintayksikön valvonnan alainen; taikka

[99] Ks. edellä osa I, luku 5.3.3 (Perusvapauksien ja perusoikeuksien rajoitusperusteet).

c) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä 1–4 kohdassa mainittu hankintayksikkö nimeää yli puolet.

Ennakkoratkaisussa *Mannesmann* C-44/96 tuomioistuin ilmaisi julkisoikeudellista laitosta koskevien lisävaatimusten taustan siten, että jokainen (1 artiklan b alakohdan) vaihtoehtoisista edellytyksistä heijastaa laitoksen läheistä riippuvuutta valtiosta, alueellisista tai paikallisista viranomaisista taikka muista julkisoikeudellisista laitoksista. Kyseisessä säännöksessä määritellään näin ollen julkisoikeudellisen laitoksen kolme muotoa kolmena läheisen riippuvuuden varianttina suhteessa toiseen hankintaviranomaiseen. Kaikkien hankintaviranomaisten suorittamien maksujen vaikutuksena ei ole kuitenkaan erityisen alistus- tai riippuvuussuhteen luominen tai lujittaminen. Vain suoritukset, joilla rahoitetaan tai edistetään ilman erityistä vastiketta kyseisen yksikön toimintaa, voidaan luokitella julkiseksi rahoitukseksi.[100]

Yksikön yksityisoikeudellinen muoto ei yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan muodosta perustetta sille, että yksikköä ei voitaisi pitää hankintaviranomaisena. Myös julkisoikeudellisen laitoksen määritelmä perustuu yksikön funktionaaliseen sisältöön, toisin sanoen ei ole merkityksellistä, perustuuko kyseisen yksikön toiminta julkis- vai yksityisoikeuteen.[101]

> Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisun *Foster* C-188/89 mukaan oikeudellisesta muodosta riippumatta elin, joka valtion toimenpiteiden nojalla on velvollinen tarjoamaan valtion valvonnan alaisuudessa yleisen edun mukaista palvelua ja jolla tästä syystä on erityisiä yksityisten oikeussubjektien välisistä oikeussäännöksistä poikkeavia toimivaltuuksia, kuuluu joka tapauksessa sellaisten kokonaisuuksien joukkoon, joita vastaan voidaan vedota suoraan välittömiä oikeusvaikutuksia saaneiden direktiivien säännöksiin.[102]

Myös hankintalain 6 §:n sisältämän luettelon perusteella on todettavissa, että hankintasääntöjen soveltaminen ei riipu hankintayksikön järjestysmuodosta.[103]

Onko yleishyödyllinen sosiaali- ja terveysjärjestö hankintalain tarkoittamana ”julkisoikeudellinen” laitos eli hankintayksikkö?[104] Vaatimus oikeushenkilöllisyydestä on sosiaali- ja terveysjärjestön osalta sikäli yksiselitteinen, että oikeushenkilö on mm. yhdistyslain mukainen yhdistys. Yhteisöjen tuomioistuimen va-

---

[100] Asia C-44/96, *Mannesmann,* k. 20. Julkisoikeudellisen laitoksen laajempi analyysi, *Arrowsmith*, 2005, s. 256–274.

[101] Ks. *Bovis*, 2006, s. 471 ss.

[102] Asia C-188/89 *Foster ym.*, k. 20.

[103] *Kalima*, 2001, s. 49. Hallituksen esityksen mukaan julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan missä tahansa juridisessa muodossa toimivaa oikeushenkilöä, jos muut edellytykset täyttyvät. HE 50/2005 vp, s. 55.

[104] Kysymys on osa järjestöjen oikeudellista asemaa koskevaa laajempaa kysymystä: voivatko järjestöt toimia kuntien kanssa yhteistyössä ilman kilpailulainsäädännön velvoitteita.

kiintuneen oikeuskäytännön mukaan on periaatteessa yhdentekevää, voidaanko yhteisö muutoin luokitella julkisoikeudelliseksi laitokseksi, kunhan direktiivin 92/50/ETY edellytykset täyttyvät. Siten yksityisoikeudellinen asema ei ole tekijä, jonka perusteella yhteisöä ei voitaisi katsoa edellä tarkoitetuksi julkisoikeudelliseksi laitokseksi.[105]

Järjestöjä koskevalla kysymyksellä on merkitystä sikäli, että vastauksen perusteella määräytyy ensiksikin julkista rahoitusta saavien järjestöjen oma velvollisuus noudattaa hankinnoissaan hankintalainsäädäntöä. Hankintalakia ei sovelleta hankintalain 12 §:n mukaan palveluhankintoihin, jotka tehdään toiselta hankintayksiköltä sille asianmukaisella lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä annetun palvelujen tuottamista koskevan yksinoikeuden perusteella, jos palvelujen tuottaja on myös itse hankintayksikkö. Mikäli järjestöä voitaisiin pitää julkisoikeudellisena laitoksena, ei hankintasäännöksiä sovellettaisi hankintalain 12 §:n ja sitä vastaavan hankintadirektiiviin 18 artiklan säännöksen johdosta lainkaan. Tämä ei kuitenkaan poistaisi yhteisön perustamissopimuksen suoraa vaikutusta.

Myös jotkut Raha-automaattiyhdistyksen tuotosta avustusta saavat sosiaali- ja terveysjärjestöt saattavat täyttää edellä vaaditut rahoitusta koskevat edellytykset. Mikäli julkisen rahoituksen osuus on enemmän kuin puolet koko varainhoitovuoden rahoituksesta, on järjestö yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisun *Cambridge* C-380/98 perusteella luokiteltavissa hankintaviranomaiseksi kyseisenä varainhoitovuonna, jos myös muut vaadittavat edellytykset täyttyvät. Julkista rahoitusta laskettaessa huomioon otetaan vastikkeeton rahoitus hankintaviranomaisilta, ts. muutkin kuin Raha-automaattiyhdistyksen varoista myönnetyt avustukset, jolloin julkista rahoitusta on myös kunnan suoraan myöntämä yleisavustus. Sen sijaan palvelujen suorittamisesta maksettu korvaus ei ole tässä tarkoitettua avustusta. Rahoitusosuutta laskettaessa huomioon on otettava kaikenlainen järjestön saama vastikkeeton ja vastikkeellinen rahoitus varainhoitovuodelta.[106]

Edellytyksenä on kuitenkin lisäksi se, että oikeushenkilö on ”nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta”.[107] Voisiko yhdistyslain mukainen yhdistys olla perustettu huolehtimaan kyseisistä tarpeista silloin, kun se tuottaa sosiaali- tai terveyspalveluja? Sosiaali- ja terveysjärjestön kannalta kysymys on siitä, onko se nimen-

---

[105] Ks. asia C-214/00, *komissio v. Espanja*, k. 54 ja 55.
[106] Asia C-380/98 *Cambridge*.
[107] Oikeuskirjallisuudessa vaatimusta on komission kantaan perustuen argumentoitu siten, että toimintaa on tarkasteltava ensisijaisesti toiminnalle asetettujen tavoitteiden näkökulmasta: ovatko yksikön toiminnan tavoitteet yleisiä tai sosiaalisia eli ns. yleisen edun mukaisia, vai onko toiminnan yksinomaisena tavoitteena tuottaa voittoa, jolloin se on luonteeltaan kaupallista tai teollista. *Lievonen*, 1997, s. 27.

omaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole kaupallista tai teollista luonnetta. Tämä edellyttää myös muiden yhdistystä ja palvelujen järjestämistä koskevien säädösten läpikäyntiä, joten tässä yhteydessä voidaan kysymystä arvioida vain hankintasääntöjen kannalta.

Ennakkoratkaisussa *Mannesmann* C-44/96 yhteisöjen tuomioistuin tulkitsi julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä rakennusurakoita koskevan direktiivin (93/37/ETY) soveltamisen yhteydessä. Ratkaisu koski Itävallan valtion painatuskeskusta *Österreichische Staatsdruckereita*, jolla oli sekä viranomaisluonteista että kaupallista toimintaa. Itävallan liittovaltion lain mukaan painatuskeskus oli itsenäinen taloudellinen kokonaisuus, jolla oli oikeushenkilöllisyys. Sitä pidettiin Itävallan kauppalaissa tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana ja se toimi elinkeinon harjoittamista koskevien periaatteiden mukaisesti. Painatuskeskuksen tehtävät määriteltiin laissa. Tehtävänä oli yksinoikeudella painaa sellaiset liittohallituksen tarvitsemat painotuotteet, joiden osalta oli noudatettava salassapito- ja turvamääräyksiä ja joita olivat mm. passit, ajokortit, henkilöllisyystodistukset, liittovaltion virallinen lehti ja liittovaltion laki- ja päätöskokoelmat. Painatuskeskuksen hallintoneuvosto koostui 12 jäsenestä, joista liittokanslerinvirasto ja muut eri ministeriöt nimittivät kahdeksan. Painatuskeskus oli lisäksi tilintarkastusviraston valvonnan alainen, joka valvoi myös salassa pidettäviä painotöitä. Lisäksi painotöiden hinnan vahvisti elin, jonka enemmistönä oli liittokanslerin viraston tai eri ministeriöiden nimeämät jäsenet.

Ratkaisussaan tuomioistuin katsoi, että painatuskeskus oli sitä koskevan lainsäädännön nojalla *perustettu täyttämään yleisen edun mukaiset* tarpeet. Direktiivin 1 artiklan b kohdan toisen alakohdan edellytys, jonka mukaan laitos on oltava ”nimenomaisesti” perustettu täyttämään yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita, ei merkitse sitä, että se huolehtisi *yksinomaan* näistä tehtävistä. Asiakirjat, joiden valmistaminen oli annettu painatuskeskuksen tehtäväksi, liittyivät läheisesti valtion oikeusjärjestyksen perusteisiin ja valtion institutionaaliseen toimintaan. Vaikka eräät kaupalliset toiminnat muodostivatkin suurimman osan yksikön toiminnasta, oli painatuskeskus ennakkoratkaisun mukaan kokonaisuudessaan katsottava hankintasäännösten alaan kuluvaksi.[108]

Laurinen, 1997, s. 26 ja 27. Laurisen mukaan Suomessa voitaisiin katsoa, että puhtaasti kaupallista toimintaa harjoittavat valtionyhtiöt jäisivät soveltamisalan ulkopuolelle, vaikka muut laissa määritellyt omistusta tai määräysvaltaa koskevat kriteerit täyttyisivätkin.

[108] Asia C-44/96, *Mannesmann*, erityisesti k. 24, 26 ja 34. Lindfors näyttää esittävän määrittelyn perustaksi jonkinlaista punnintaa. Sen sijaan, mitä suuremmassa määrin yksikkö toimii markkinaolosuhteissa, sitä suuremmalla todennäköisyydellä sillä on kannustin joka tapauksessa toimia kokonaistaloudellisesti edullisimmalla saavutettavissa olevalla tavalla, eivätkä muut tavoitteet ohjaa hankintoihin kytkeytyvän taloudellisen vallan käyttöä. Päinvastaisessa tapauksessa puolestaan on kysymys tilanteesta, jossa tavoitteet saattavat kohdistua muualle kuin yksinomaan hankinnan kohteen parhaan muodollisen hinta-laatusuhteen saavuttamiseen ja jota hankintadirektiiveillä pyritään nimenomaan ohjaamaan asettamalla hankintayksikölle lainsäädännön ”kannustin” hankintojen kilpailuttamiseen. Punninnasta onkin sikäli kysymys, että kokonaisarviota tehtäessä eri osatekijöi-

Yhteisöjen tuomioistuin on arvioinut julkisoikeudellisen laitoksen käsitettä myös ennakkoratkaisussa *Varkauden Taitotalo Oy* C-18/01. Ennakkoratkaisupyyntö koski kysymystä oliko osakeyhtiötä, jonka kaupunki omisti ja jossa se käytti määräysvaltaa, pidettävä direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan b kohdassa tarkoitettuna hankintaviranomaisena, kun yhtiö hankkii suunnittelu- ja rakennuttamispalveluja yrityksille vuokrattavia toimitiloja käsittävään rakennuskohteeseen. Lisäkysymyksinä olivat, vaikuttaako asian arvosteluun se, että kaupungin rakennushankkeella pyritään luomaan edellytyksiä kaupungissa harjoitettavalle elinkeinotoiminnalle, ja se, että rakennettavat toimitilat vuokrataan vain yhdelle yritykselle. Tuomioistuin katsoi, että *Taitotalon* harjoittaman kaltaisen toiminnan voidaan katsoa tyydyttävän yleisen edun mukaisia tarpeita siltä osin kuin tällainen toiminta voi edistää kauppaa ja kehittää kyseisen julkisyhteisön aluetta taloudellisesti ja sosiaalisesti. Näin siksi, että kunnan kannalta yritysten saaminen sen alueelle on usein kannattavaa työpaikkojen syntymisen, verotulojen kasvamisen sekä tavaroiden ja palvelujen tarjonnan ja kysynnän vuoksi.[109]

Sen sijaan kysymys, olivatko tällaisten yleisten etujen mukaiset tarpeet luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia, oli tuomioistuimen mukaan vaikeampi.[110] Ennakkoratkaisun mukaan vaikutti siltä, että *Taitotalon* kaltainen toiminta tyydytti yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita. Tuomioistuin perusteli arvionsa seuraavilla seikoilla: vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita ovat yleensä tarpeet, jotka tyydytetään muulla tavoin kuin tarjoamalla markkinoilla tavaroita tai palveluja ja jotka valtio yleiseen etuun liittyvistä syistä päättää tyydyttää itse tai joiden osalta se haluaa säilyttää määräysvallan.[111]

Myös ennakkoratkaisussa *BFI Holding* C-360/96 oli kysymys julkisen hankintaviranomaisen määrittelystä palveluhankintadirektiivin 92/50/ETY yhteydessä. Talousjätteiden keräämistä ja käsittelyä voidaan pitää yleisen edun mukaisena tarpeena. Koska tätä kansanterveyden ja ympäristönsuojelun kannalta välttämättömäksi katsottua tarvetta ei voida tyydyttää täysin tai osittain yksityisten taloudellisten toimijoiden asianosaisille tekemillä keräyspalvelu-

---

den painoarvon merkitys on otettava huomioon, vaikka tätä painotusta ei ole syytä sekoittaa oikeusperiaatteiden punnintaan. Ks. *Lindfors*, 2005, s. 29.

[109] Asia C-18/01*, Varkauden Taitotalo Oy*, k. 45. Tähän tuomioistuimen kantaan viitataan myös hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä. Ks. HE 50/2006 vp, s. 55. Vrt. KHO 1.12.1999, taltio 3895. Sen sijaan kaupungin omistaman yksittäisen, vain tietyn yrityksen hankkeen taloudelliseksi mahdollistamiseksi tehdyssä järjestelyssä ei ole kysymys yleisen edun tarkoituksesta.

[110] Arrowsmith on pohtinut perustamissopimuksen kilpailusääntöjen ja hankintadirektiivin välistä yhteyttä. Direktiivin soveltamisalaan kuuluva toiminta ei kuuluisi ehkä lainkaan kilpailusääntöjen piiriin ja päinvastoin kilpailusääntöjen piiriin kuuluva toiminta ei kuuluisi direktiivin piiriin. Tuomioistuin ei ole kuitenkaan ilmaissut tätä eksplisiittisesti. Kilpailusääntöjen ja toisaalta hankintadirektiivin määritelmät ovat jossain määrin toisistaan poikkeavat, mikä johtuu niiden erilaisesta sääntelyn tarkoituksesta. *Arrowsmith*, 2005, s. 265.

[111] Tuomioistuin viittasi asiaan C-360/96, *BFI Holding*, k. 50 ja 51 ja yhdistettyihin asioihin C-223/99 ja 260/99, *Agorà ja Excelsior*, k. 37 (tässä tapauksessa oli kyse messujen, näyttelyiden ja muiden vastaavien tilaisuuksien järjestämisestä) sekä C-373/00, *Adolf Truley*, k. 50.

tarjouksilla, tämä toiminta kuuluu niihin, joiden osalta valtio voi päättää, että julkisten viranomaisten on hoidettava ne, tai joiden osalta se voi säilyttää määräävän vaikutusvallan.[112] Kilpailun puuttuminen ei ole välttämätön edellytys sille, että kyseessä voidaan katsoa olevan julkisoikeudellinen laitos. Tuomioistuin totesi kuitenkin, ettei kilpailun olemassaolo ole täysin merkityksetöntä sille, onko yleisen edun mukainen tarve luonteeltaan muu kuin teollinen tai kaupallinen.[113]

Ennakkoratkaisussa *Adolf Truley* C-373/00 oli kyse tavaranhankintadirektiivin 93/36/ETY soveltamisesta. Tuomioistuin totesi, että hautausurakoinnin harjoittamisella voidaan tosiasiallisesti katsoa tyydytettävän yleisen edun mukaista tarvetta. Näiden toimintojen harjoittaminen liittyy oikeusjärjestyksen perusteisiin, koska valtiolla on ilmeinen intressi valvoa läheisesti syntymä- ja kuolintodistusten kaltaisten todistusten laadintaa, ja terveydenhuoltoon ja kansanterveyteen liittyvät ilmeiset syyt voivat olla perusteena jäsenvaltion menettelylle, kun se säilyttää nämä toiminnot määräysvallassaan. Se seikka, että alueellisella tai paikallisella viranomaisella on lakiin perustuva velvollisuus järjestää hautajaiset – ja tarvittaessa vastata niistä aiheutuvista kuluista – jos niitä ei ole pidetty tietyssä ajassa kuolintodistuksen antamisen jälkeen, on osoitus tällaisen yleisen edun mukaisen tarpeen olemassaolosta.

Kilpailun olemassaolo ei riitä sulkemaan pois sitä mahdollisuutta, että valtion rahoittama tai valvoma laitos, alueelliset yhteisöt tai muut julkisoikeudelliset laitokset toimivat muiden kuin taloudellisten perusteiden pohjalta. Tällainen laitos voi esimerkiksi joutua kärsimään taloudellisia tappioita pyrkiessään noudattamaan sen yksikön, josta se on läheisesti riippuvainen, harjoittamaa tiettyä ostopolitiikkaa.[114] Toisaalta, jos yritys toimii normaaleilla markkinaedellytyksillä, tavoittelee voittoa ja vastaa harjoittamansa toiminnan tappioista, ei ole todennäköistä, että sen tyydyttämät tarpeet olisivat muita kuin teollisia tai kaupallisia. Tällaisessa tilanteessa julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltaminen ei myöskään ole tarpeen, sillä voittoa tavoitteleva ja toiminnastaan aiheutuneista tappioista vastaava laitos ei yleensä ryhdy hankintamenettelyyn edellytyksillä, jotka eivät ole taloudellisesti perusteltuja.[115]

Edellä siteeratun oikeuskäytännön mukaan ei ole välttämätöntä, että tehtävänanto perustuisi lakiin (*Mannesmann*), vaan myös viranomaisen hallinnollinen päätös (*Varkauden Taitotalo Oy*) riittää. Mikäli tehtävä annetaan yksinoikeudella, on sen antaminen hankintalain 12 §:n ja vastaavan hankintadirektiivin

---

[112] Asia C-360/96, *BFI Holding*, k. 51–57.
[113] Edellä mainitun ennakkoratkaisun k. 47 ja 48.
[114] Asia C-373/00, *Adolf Truley*, k. 47–52.
[115] Taloudellisen ja teollisen tarkoituksen määrittelyssä on samalla kyse perustamissopimuksen kilpailusääntöjen soveltamisesta. Valtio (tai valtioon kuuluva yksikkö) voi harjoittaa toimintoja julkisen viranomaisen ominaisuudessa, tai luonteeltaan kaupallista tai teollista toimintaa tarjoamalla tavaroita tai palveluita markkinoilla. Merkityksellistä ei ole, harjoittaako valtio toimintaa erillisenä viranomaisyksikkönä tai erillisen yksikön toimesta. Ks. asia C-118/85, *komissio v. Italia*, k. 7 ja 8.

18 artiklan soveltamisen mukaan mahdollista vain *perustamissopimuksen* mukaisella lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä.

Tutkimuksen jatkossa on siksi selvitettävä myös se, mitä ”perustamissopimuksen mukaisuus” edellyttää kansalliselta lainsäädännöltä tai hallinnolliselta määräykseltä. Kysymys on kuitenkin myös siitä, mitä edellytyksiä kansallinen lainsäädäntö asettaisi yksinoikeuden antamiselle, vaikka hankintalain vastaavan 12 §:n säännös ei kiinnitäkään tähän vaatimukseen mitään huomiota. Kaupallisen ja teollisen luonteen arvioinnissa jossain määrin on merkityksellistä myös se, toimiiko järjestö normaaleilla markkinaedellytyksillä ja tavoitteleeko se voittoa. Tutkimuksen johtopäätökset ovat tehtävissä vasta sen jälkeen, kun edellä olevat kysymykset on selvitetty.

Julkisoikeudellisen laitoksen käsite jo sellaisenaan sisältää sen merkityksen, että julkisella vallalla on merkittävä ohjausvaikutus kyseiseen yksikköön. Tämän vuoksi johtopäätösten kannalta merkittävä kysymys on, voiko esimerkiksi kunnalla olla tällainen ohjausvaikutus yhdistyslain tarkoittamaan järjestöön.[116] Kansallisesti markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä (MAO 88/02, 23.8.2002 Dnro 90/02/JH,) on katsottu, että rekisteröity yhdistys ei ole hankintalain tarkoittama hankintayksikkö. Yhdistys ei markkinaoikeuden mukaan ollut hankintalain (1505/1992) mukainen julkishallintoon kuuluva yksikkö, sillä sosiaalilainsäädännön mukainen sosiaalipalvelujen valvonta kohdistuu sosiaalipalveluille asetettujen vaatimusten täyttämiseen. Esimerkiksi SOS-Lapsikylä r.y. on yksityinen rekisteröity yhdistys, johon sovelletaan yhdistyslain (503/1989) säännöksiä.

7.2 HANKINTAYKSIKÖN RAHOITUKSEN OSUUS HANKINNASTA YLI PUOLET

Hankintalain 6 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikkö on myös mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta 1–4 kohdassa tarkoitetulta hankintayksiköltä. Tämä merkitsee hankintadirektiiviä laajempaa kilpailuttamisvelvoitetta, sillä hankintalaissa 50 prosentin rahoitusedellytys koskee kaikkia hankintoja. Hankintadirektiivin 8 artiklan mukaan direktiiviä sovelletaan vain a) sopimuksiin, jotka koskevat direktiivin liitteessä mainittuja maan- ja vesirakennustöitä, sairaaloiden, urheilu-, ja virkistys- tai vapaa-ajanlaitosten taikka koulu- ja korkeakoulurakennusten tai hallintorakennusten rakentamista; sekä b) palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka liittyvät edellä mainittuun rakennusurakkaan koskevaan sopi-

---

[116] Julkisoikeudellista laitosta kuvaa suomenkielistä käännöstä paremmin englanninkielinen termi ”*a body governed by public law*”.

mukseen. Jotta säännöstä sovellettaisiin, rakennusurakan ennakoidun, ilman arvonlisäveroa lasketun arvon tulee olla 6 242 000 euroa ja jos tämä ehto täyttyy, siihen liittyvän palveluhankinnan arvon samalla tavalla laskettuna vähintään 249 000 euron kynnysarvon suuruinen.

Vastaava säännös sisältyi aikaisemmin voimassa olleen hankintalain 2 §:n 1 momentin 5 kohtaan. Säännös oli sisällytetty lakiin, koska sen todettiin olevan ”tärkeä lain kattavuuden kannalta”.[117] Uutta hankintalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan säännös on koettu käytännössä tärkeäksi, ”sillä se rajoittaa omalta osaltaan hankintalain velvoitteiden laiminlyöntiä julkista tukea myöntämällä”. Säännös on myös kilpailupoliittisesti merkittävä ja tehostaa osaltaan avustusten käyttöä (HE 50/2006 vp, s. 56). Säännöksen ottamisella hankintalakiin on pyritty toteuttamaan kilpailupoliittisia tavoitteita ja samalla julkisten varojen tehokkaan käytön tavoitteita. Näkökohta hankintalain velvoitteiden laiminlyönnistä jää vaikeasti ymmärrettäväksi. Lakia valmisteltaessa on ehkä ajateltu siten, että julkisyhteisö pyrkisi siirtämään hankinnan suorittamisen muulle kuin hankintayksikölle voidakseen välttää hankintalain velvoitteet.

Säännöksen tämän tutkimuksen kannalta tärkein aspekti on viittaus julkisia tukia koskevien säännösten noudattamiseen. Hallituksen esitykseen (HE 50/2006 vp, s. 56) sisältyy viittaus direktiivin 8 artiklan 2 kappaleeseen, joka velvoittaa artiklan nimenomaisesti mainitsemissa julkisen rahoituksen tilanteissa julkista tukea myöntävien viranomaisten huolehtivan direktiivin noudattamisesta tukea myöntäessään. ”Julkista tukea myönnettäessä olisi kiinnitettävä tuensaajien huomiota hankintalaista tuleviin kilpailuttamisvelvoitteisiin. Tukea koskevaan päätökseen olisi syytä sisällyttää viittaus hankintalainsäädännön soveltamiseen.” Julkisten tukien ja kilpailuttamisvelvoitteen välistä suhdetta selvitetään tämän tutkimuksen myöhemmässä vaiheessa.[118]

Myös sosiaali- ja terveysjärjestö tulee tämän säännön mukaan hankintalain tarkoittamaksi hankintayksiköksi silloin, kun sen joiltain laissa tarkoitetulta hankintayksiköltä *hankinnan tekemiseksi saaman tuen määrä* on yli puolet hankinnan arvosta. Tässä yhteydessä ei ole merkitystä hankinnan sisällöllä. Hallituksen esitys selkeyttää rahoitusedellytystä siten, että tuen tulee kohdistua hankintaan.[119] Yleistä toiminta-avustusta ei katsota lainkohdassa tarkoitetuksi tueksi. Perustelu vastaa oikeuskäytäntöä (KHO 27.11.2000, taltio 3113, *Pro Medi-Heli ry*). On huomattava, että rahoituksen määrää koskeva laskentatapa tässä yhteydessä eroaa merkittävästi siitä, miten 50 prosentin osuus lasketaan julkisoikeudellisen laitoksen yhteydessä.[120]

---

[117] Ks. HE 154/1992 vp, s. 12.
[118] HE 50/2006 vp, s. 56.
[119] Ibid.
[120] KHO 27.11.2000, taltio 3113.

Myös tässä yhteydessä hallituksen esitys sisältää varsin vaikeaselkoisen perustelukohdan. Siinä nimittäin todetaan, että ”voi olla kuitenkin tilanteita, joissa tulisi voida poiketa tältä osin hankintalain soveltamisesta, esimerkiksi jos tuki myönnetään sosiaalisin perustein eikä se kohdistu elinkeinotoimintaan. Koska hankintalaki on yleislaki, voitaisiin lailla poiketa perustelluista syistä yleislain velvoitteista”. Perusteluissa näytetään ennakoitavan sitä, että muulla lailla olisi mahdollista antaa poikkeussäännös hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan mukanaan yleisesti tuomasta velvoitteesta, kuitenkin sillä edellytyksellä, ettei kyse ole elinkeinotoiminnan tuesta. Vaikuttaa siltä, että lain perusteluihin on haluttu lisätä ”pontena” tavoite siitä, ettei julkisen tuen tulisi kuitenkaan kaikissa tilanteissa tehdä sen saajaa hankintayksiköksi ja tuella tehtäviä hankintoja kilpailuttamisvelvoitteen alaiseksi. Perustelun voisi katsoa viittaavan myös siihen, ettei sosiaali- ja terveysjärjestölle myönnettävää raha-automaattiavustusta tarvitsisi pitää hankintalain tarkoittamana julkisena rahoituksena.[121]

Hankintalain tarkoituksena on selvästikin ollut se, että kaikki pääasiassa julkiseen rahoitukseen perustuvat hankinnat kilpailutettaisiin. Hankintadirektiivin tarkoituksena on ollut saattaa kilpailutuksen kohteeksi vain suuret, kynnysarvon ylittävät hankinnat. Hankintalain hankintadirektiivistä poikkeava rakenne on omiaan muodostamaan eräissä myöhemmin esille tulevissa tilanteissa tulkintaongelmia. Tämä johtuu siitä, että hankintadirektiivin soveltamisessa hankinnan tekijä ei tule hankintayksiköksi 8 artiklan tilanteessa, vain artiklan mukaiseen *hankintasopimukseen* sovelletaan direktiivin kilpailuttamista koskevia määräyksiä. Hankintalaissa hankinnan suorittaja sen sijaan määritellään rahoitusedellytysten täyttyessä *hankintayksiköksi*. Tämä johtaisi siihen, että julkisyhteisön rahoitusta yli puolet jonkin arvoltaan pienenkin hankinnan arvosta saaneen hankintayksikön tulisi noudattaa kaikissa hankinnoissaan lain määräämiä menettelytapoja. Näin kattavaa velvoittavuutta ei uudellakaan hankintalailla voida katsoa olevan, eikä lailla laajuudeltaan tällaista velvoitetta ole tarkoitettu antaa.

Yleishyödyllisille aatteellisille järjestöille on ilmeisen vieras se ajatus, että ne olisivat markkinatoimijoita. Järjestö on hankintalain mukaan kuitenkin pakotettu toimimaan markkinoilla markkinoiden ehdoin, mikäli se haluaa ylipäätänsä olla tuottamassa julkisyhteisöjen tilaamia palveluja. Jos hankintalaki pakottaa järjestön käytännössä yrityksen tavoin hankintamenettelyyn, jotta se voisi toimia palvelujen tuottajana, osallistuminen kilpailutukseen on omiaan tekemään siitä direktiivin soveltamisessa taloudellisen toimijan. Tämä on lopputulos, vaikka järjestö ei itse ideologisista syistä näin haluaisikaan tapahtuvan.

---

[121] HE 50/2006 vp, s. 56.

8 Hankintalain soveltamisen poikkeustilanteita

Hankintalaki sisältää hankintadirektiivin mukaisesti eräitä yhteiskunnan yleiseen turvallisuuteen ja järjestyksenpitoon liittyviä poikkeusmahdollisuuksia hankintasääntöjen soveltamisesta. Tällaisia poikkeuksia ovat 7 §:n mukaan mm. salassa pidettävät, erityisiä turvatoimenpiteitä koskevat hankinnat ja hankinnat, joissa valtion keskeiset turvallisuusedut vaativat kilpailuttamatta jättämistä, sekä pääasiassa sotilaalliseen käyttöön tarkoitetut hankinnat.[122] Edelleen, lain soveltamisen ulkopuolella olisivat hankinnat, jotka tehdään Suomen solmiman kansainvälisen sopimuksen nojalla, kansainvälisen järjestön erityisen menettelyn nojalla tai joukkojen sijoittamiseen liittyvän kansainvälisen sopimuksen nojalla. Edellä todetuilla lain soveltamisalan rajauksilla ei ole varsinaista tutkimuksellista mielenkiintoa käsillä olevassa tutkimuksessa.

Seuraavaksi tarkastellaankin yksityiskohtaisemmin niitä hankintalain poikkeussäännöksiä, joilla on merkitystä Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista avustettavien järjestöjen kannalta.

8.1 TOIMITILOJA KOSKEVAT VUOKRASOPIMUKSET

Hankintalain 8 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan palveluhankintasopimukset, jotka koskevat maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla, on jätetty hankintasääntöjen soveltamisen ulkopuolelle niiden erityiseen luonteeseen liittyvistä syistä.[123] Hallituksen esityksessä tätä poissulkemista perustellaan hankintadirektiivin johdanto-osan 24 kohdan mukaisesti siten, että mainittuihin vuokrasopimuksiin liittyy erityispiirteitä, joiden vuoksi julkisia hankintoja koskevien sääntöjen soveltaminen niihin ei ole tarkoituksenmukaista. Tämän tutkimuksen kan-

---

[122] Ks. perustamissopimuksen 296 (keskeiset turvallisuusedut) ja 297 (yleinen järjestys vakavissa sisäisissä levottomuuksissa) artiklan sisältämistä soveltamisen poikkeuksista ja hankintasäännöistä, *Arrowsmith*, 2005, s. 239–247.

[123] RAY:n avustuskäytännössä on ollut tapauksia, joissa investointiavustusta saaneen vanhainkodin ja palvelukodin palvelutoiminta on siirretty kunnan itsensä hoidettavaksi. Kunta saattaa myös kilpailuttaa palvelujen järjestämisen siten, että niiden tuottaminen tapahtuu järjestön tiloissa. *Palvelutalojen toiminnan siirtäminen kunnalle*, RAY:n Avustusosasto/Margita Nylander, muistio 6.10.2006. Ks. yksityiskohtainen tarkastelu hankintalain soveltamisesta, kun hankintamenettelyn kohteena on kiinteän omaisuuden vuokraaminen, *Kalima – Häll*, 2007, s. 69–80.

nalta ei ole mahdollista eikä tarpeenkaan pohtia sitä, mitä nämä erityispiirteet ovat.[124]

Sopimuksen luonteen määritteleminen ei ole aina ongelmatonta, minkä osoittaa korkeimman hallinto-oikeuden vuokraamista ja toiminnan järjestämistä koskeva ratkaisu (KHO 15.2.2002, taltio 315).

> Kyseessä oli kunnan omistama *Kempeleen kunnan jäähalli/monitoimihalli*, jonka vuokrauksesta ja toiminnan järjestämisestä kunta oli pyytänyt tarjousta kolmivuotiskaudeksi. Tarjouksessa oli pyydetty ilmoittamaan kunnalle maksettava vuokrahinta, ulosvuokrauksessa noudatettava ohjeellinen hinnoittelu sekä kuntosalin ja kahvion toiminnan sekä kiinteistön hoidon järjestämistapa. Kunta itse ilmoitti ostavansa hallin käyttövuorot koulujen määrättyinä aukioloaikoina ja maksavansa niistä tarjouspyynnössä ilmoitetun hinnan.[125]
>
> Kilpailuneuvoston mukaan kyse ei ollut julkisesta hankinnasta. Kilpailuneuvosto totesi päätöksen perusteluissa, että julkisen hankinnan käsite on määritelty julkisista hankinnoista annetun lain (laki 1505/1992) 4 §:n 1 kohdassa. Sen mukaan hankinnalla tarkoitetaan tavaroiden ja palvelusten ostamista, vuokraamista tai niihin rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä. Kyseisessä tilanteessa kunta oli vuokralle antajan asemassa eikä kyse näin ollut hankinnasta. Toisaalta julkisia hankintoja koskevia oikeusohjeita ei muutoinkaan sovelleta esimerkiksi kiinteistöjen vuokrasopimuksiin, vaikka julkinen viranomaistaho tai muu julkinen yhteisö olisi vuokraajankin ominaisuudessa.
>
> Korkein hallinto-oikeus päätyi ratkaisun lopputuloksen osalta kilpailuneuvon kantaan perustellen ratkaisuaan *sopimuskokonaisuudella*. Liikuntatilojen vuokraus yrittäjälle oli osa laajempaa sopimuskokonaisuutta, jossa kunta tilojen vuokrauksen ohella hankki palveluja. Järjestelyyn kuului ensiksikin tilojen vuokraaminen yrittäjälle. Toiseksi siihen sisältyi hallien käyttövuorojen luovuttaminen eri käyttäjäryhmille näiden suorittamaa korvausta vastaan. Kolmanneksi kunta vuokrasi korvausta vastaan käyttövuoroja. Perustelujen mukaan oli arvioitavissa, että sopimusjärjestelyn keskeinen osa oli hallitilojen vuokraaminen yrittäjälle siinä tarkoituksessa, että tämä järjestää hallin käyttövuorojen luovuttamisen korvausta vastaan ulkopuolisille käyttäjäryhmille.
>
> Sen sijaan kunnan hankkima palvelu siinä muodossa, että kunta maksaa korvauksen käyttövuorojen luovuttamisesta koulujen aukioloaikoina, olisi muodostanut sinällään julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitetun hankinnan. Kyseessä oli kunnan omistama kiinteistö, mutta hankintalain soveltamista koskevan kysymyksen kannalta on sama asia, toimiiko kunta vuok-

---

[124] Ks. kuitenkin MAO 182/03 ja 183/03, Dnrot 182/03/JH ja 183/03/JH, 29.9.2004. Ks. myös HE 50/2006 vp, s. 50. Sen mukaan kiinteän omaisuuden poissulkeminen lain soveltamisalasta on johtanut tulkintoihin, joiden mukaan hankintayksikön vaatimusten mukaisesti toteutettavia, arvoltaan merkittäviä rakennustöitä sisältäviä sopimuksia ei ole katsottu hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluviksi silloin, kun ne toteutetaan pitkäaikaisen vuokrasopimuksen muodossa.

[125] Ks. vuokrasopimuksen ja käyttöoikeusurakan eroista, *Kalima*, 2001, s. 82 ss.

ranantajana vai vuokralaisena, minkä kilpailuneuvosto päätöksessään totesikin.[126]

Markkinaoikeus antoi Poliisin tietohallintokeskusta koskeneessa asiassa (MAO 182/03 ja 183/03, Dnrot 99/03/JH, 103/03/JH, 29.9.2003) vuokrausasiaa koskevan ratkaisun. Hankintayksikkö omistanut tai hallinnut Rovaniemen kaupungissa sellaista kiinteää omaisuutta, johon se olisi pyytänyt tarjouksia pysyvistä vuokratiloista. Oikeus totesi, että hankintalainsäädännön ulkopuolelle on rajattu kiinteän omaisuuden ja rakennusten hankkiminen ja vuokraaminen. Kilpailua, joka tuottaisi vertailukelpoisia ja yhteismitallisia tarjouksia pysyvistä vuokratiloista joko rakentamalla tai peruskorjaamalla ei voida hankintayksikön toimesta järjestää muualle kuin sen itsensä hallitsemalla maalle.

Hankintalaki ei tule markkinaoikeuden mukaan noudatettavaksi sillä perusteella, että hankinnasta on julkaistu hankintailmoitus ja tarjouspyynnössä on viitattu hankintalain käsitteisiin, jollei hankinta tosiasiallisesti kuulu hankintalain piiriin.

Markkinaoikeus katsoi, että asiassa on ratkaisevaa se, että tarjouksia on pyydetty pysyvistä vuokratiloista, jotka rakennetaan tai peruskorjataan muualle kuin hankintayksikön hallitsemalle maalle, ja joiden vuokratilojen omistusoikeus ei siirry hankintayksikölle. Kyse oli siten sellaisesta rakennuksen vuokrasopimuksesta, joka jää hankintalainsäädännön ulkopuolelle eikä markkinaoikeus siten ole toimivaltainen asiaa käsittelemään. Korkein hallinto-oikeus ei käsitellyt asiaa, joten ratkaisu jäi pysyväksi.[127]

Edellä olevan ratkaisujen valossa hankintalainsäädännön kilpailuttamista koskevia sääntöjä ei tarvitse soveltaa, mikäli kunta vuokraa sosiaali- ja terveysjärjestön omistaman kiinteistön taikka sellaisen hallintaan oikeuttavien osakkeiden tarkoittaman huoneiston. Kunta voi toimia järjestöltä vuokraamissaan tiloissa itse palvelujen tuottajana tai palvelujen tuottajana voisi olla kolmas osapuoli. Mikäli sopimuksessa pyrittäisiin samalla sopimaan siitä, että järjestö tuottaa tiloissa kunnan tilaaman ja maksaman palvelun, on tämä erillinen hankinnan kohde ja siten siihen tulee soveltaa hankintalain mukaisia menettelytapoja.

8.2 TUTKIMUS- JA KEHITTÄMISPALVELUJA KOSKEVAT SOPIMUKSET

Tutkimus- ja kehittämispalveluja koskevat hankinnat kuuluvat pääsäännön mukaan hankintadirektiivin ja vastaavasti hankintalain soveltamisalaan.[128] Hankin-

---

[126] KHO 15.2.2002, taltio 315.

[127] MAO 182/03 ja 183/03, Dnrot 99/03/JH. 103/03/JH, 29.9.2003.

[128] Tutkimus- ja kehittämispalvelut sisältyvät hankintadirektiivin 2004/18/EY liitteen II A ryhmään 8 CPV koodilla 73000000. Ryhmän kuvaus ”Tutkimus- ja kehittämispalvelut ja niihin liitty-

talain 8 § sisältää poikkeuksena myös sen, ettei lakia sovelleta palveluhankintoihin, jotka koskevat tutkimus- ja kehittämispalveluja paitsi, jos niistä saatava hyöty koituu yksinomaan hankintayksikölle sen toiminnassa käytettäväksi ja hankintayksikkö korvaa suoritetun palvelun kokonaan. Hankintadirektiivin 16 artiklan f) kohdan vastaava poikkeus koskee vain direktiivin tarkoittamia *hankintaviranomaisia*. Hankintalain soveltamisessa tulkintaongelman aiheuttaa kuitenkin se, että hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan myös yksityinen taho, esimerkiksi sosiaali- ja terveysjärjestö on *hankintayksikkö*, jos sen hankintaa varten saama rahoitus on yli puolet hankinnan arvosta.[129]

Hallituksen esityksen (HE 50/2006 vp, s. 59) mukaan lain soveltamisalan ulkopuolelle jätettyjen tutkimushankkeiden tunnistamisessa merkityksellisiä tekijöitä ovat tutkimuksen avoimuus ja tutkimuksen hyödynnettävyys mahdollisimman laajasti. Lain soveltamisen ulkopuolelle jäisi hallituksen esityksen mukaan yhteistyöluontoinen tutkimus, jossa molemmat osapuolet osallistuvat tutkimuksen sisällön määrittelemiseen ja tutkimuksen rahoittamiseen. Soveltamisalasta olisivat käytännössä poissuljettuja esimerkiksi julkisten tiedeyhteisöjen, kuten korkeakoulujen ja tutkimuslaitosten ja yksityisten tahojen yhteisesti rahoittamat tutkimusohjelmat. Hankintalakia sovelletaan hallituksen esityksen mukaan lähinnä vain alihankintatyyppiseen, hankintayksikön täysin maksamaan ja yksinomaan hankintayksikön käyttöön tulevaan tutkimus- ja kehitystyöhön.[130]

Hankintalain poikkeussäännöksen mukaan järjestön tiettyä kehittämishanketta varten tarvitsemat alihankintatyyppiset tutkimus- ja kehityspalveluhankinnat jäisivät hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle silloin, kun hyöty niistä koituu esimerkiksi toiselle järjestölle tai yrityksille taikka kunnalle. Näin kävisi myös siinä tapauksessa, että mainittujen hankintojen rahoittajana olisi järjestön lisäksi joku muu osapuoli. Vaikka järjestön toteuttama kehityshanke rahoitetaan raha-automaattiavustuksilla, ”korvaa” hankintayksikkö tutkimus- ja kehittämispalvelun kyseisessä lainkohdassa tarkoitetulla tavalla, sillä raha-automaattiavustus on arpajaislain 22 §:n mukaisesti myönnetty järjestölle.

Hankintalain tutkimus- ja kehitystoimintaa koskevan poikkeussäännöksen säätäminen perustuu hankintadirektiiviin. Hankintadirektiivin 16 artiklan f) kohdan säännöksellä pyritään edistämään Euroopan yhteisössä perustamissopimuksen 163 artiklan mukaista tutkimuksen ja teknologian kehittämistä. Tutkimus- ja kehitystyöllä on tarkoitus vaikuttaa kasvun elpymiseen, kilpailukyvyn vahvista-

---

vät konsulttipalvelut”.

[129] Järjestöt toteuttavat raha-automaattiavustusten turvin lukuisia tutkimus- ja kehityshankkeita. Tässä tutkimuksessa on kysymys siitä, onko edellä todettu poikkeussäännös sovellettavissa myös Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista avustuksia saavien järjestöjen tekemiin palveluhankintoihin, jotka koskevat tutkimus- ja kehittämispalveluja.

[130] HE 50/2006 vp, s. 59.

miseen ja työllisyyden kehittämiseen. Artiklan tarkoituksena on lujittaa yhteisön teollisuuden tieteellistä ja teknologista perustaa sekä suosia sen kansainvälisen kilpailukyvyn kehittämistä. Artiklan 163 perusteella neuvoston päättämän Lissabonin strategian tavoitteista saa kuvan komission innovaatiopolitiikkaa koskevasta tiedonannosta neuvostolle.[131] Taustaa selventää myös komission tiedonanto ”Yhteisön puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön myönnettävälle valtion tuelle”.[132]

Perustamissopimuksen 163 artiklan ja sitä selventävien komission tiedonantojen mukaan yhteisön tavoitteena on lujittaa yhteisön teollisuuden tieteellistä ja teknologista perustaa**.** Komissio korostaa innovaatiopolitiikan kansallisen ja alueellisen tason merkitystä. Yhteisö tukee yrityksiä, tutkimuskeskuksia ja korkeakouluja niiden korkealaatuiseen tutkimukseen ja teknologiseen kehittämiseen liittyvissä pyrkimyksissä. Komission edellä mainittu julkista tukea koskeva tiedonanto pyrkii myös selventämään, millä edellytyksellä tutkimus- ja kehitystoimintaan kuuluvaa tukea ei katsota perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdassa kielletyksi valtiontueksi, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa. Tuetun tutkimus- ja kehitystyön markkinaläheisyysasteen määrittämiseksi komissio tekee eron perustutkimuksen, teollisen tutkimuksen ja kilpailua edeltävän kehittämistoiminnan välillä. Tiedonannon 2.4 kohdan mukaan tuen yksityiskohtaisten ehtojen lähtökohtana on, ettei korkeakouluille tai voittoa tavoitteleville tutkimuslaitoksille myönnettävä tuki saa aiheuttaa tutkimus- tai kehitystuloksia hyödynnettäessä kilpailun vääristymää.

Hankintalain tutkimus- ja kehittämispalveluja koskevan säännöksen tarkoitusta on varsin vaikea ymmärtää ilman sen taustan tunnistamista. Poikkeussäännös ei tule sovellettavaksi järjestöjen palveluhankintoihin, sillä säännöksen taustalla olevalla poikkeuksella on direktiivin soveltamisesta vapautettu vain direktiivin tarkoittamat hankintaviranomaiset. Myös yksityisen tahon saattaminen hankintalain piiriin on säädetty Suomessa tietoisena siitä, että laki on hankintadirektiiviä velvoittavampi. Hankintalakia koskevan hallituksen esityksen (HE 50/2006 vp, s. 56) mukaan säännös on koettu käytännössä tärkeäksi, sillä se mahdollistaa omalta osaltaan hankintalain velvoitteiden laiminlyönnin julkista tukea myöntämällä. Säännös on myös kilpailupoliittisesti merkittävä ja tehostaa osaltaan avustusten käyttöä. Myös tämä näkökohta osaltaan vahvistaa sitä käsitystä, ettei yksityisiä tahoja ole tarkoitettu esillä olevan poikkeussäännön piiriin.[133]

---

[131] Komission tiedonanto neuvostolle, Euroopan parlamentille, Euroopan talous- ja sosiaalikomitealle ja alueiden komitealle – Innovaatiopolitiikka: unionin Lissabonin strategiaa koskevan lähestymistavan päivittäminen, KOM(2003) 112 lopullinen, asiakirja saatavilla internetistä, http://eur-lex.europa.eu/.

[132] Komission tiedonanto – Yleiset puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön myönnettävälle valtion tuelle, EYVL, C 045, 17.2.1996 s. 5, k. 1.2.

[133] HE 50/2006 vp, s. 56.

Hankintalain valmistelun yhteydessä on pohdittu myös sitä mahdollisuutta, ettei hankintayksikön myöntämä rahoitus kaikissa tapauksissa tekisi tuen saajasta 6 §:n 1 momentin tarkoittamaa hankintayksikköä (HE 50/2006 vp, s. 56). Erityislailla olisi sen mukaan mahdollista tehdä poikkeus tästä pääsäännöstä, mikäli tuki ei kohdistuisi elinkeinotoimintaan ja se myönnettäisiin sosiaalipoliittisin perustein. Tätä mahdollisuutta voidaan arvioida vasta sen jälkeen, kun on ensiksi selvitetty mm. kilpailusääntöjen ja julkisia tukia koskevien määräysten sisältöä.

8.3 SIDOSRYHMÄHANKINTA

Hankintalakia ei sovelleta 10 § sidosryhmä- eli *in house* -hankintoihin. Näitä ovat lainkohdan mukaan hankinnat, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä. Lainkohdan asettamina lisäedellytyksinä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja että yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.

Sidosryhmähankinnoista on tarpeellista erottaa tilanteet, joissa julkisyhteisöt organisoivat uudelleen toimintojaan. Hankintasäännöt eivät lähtökohtaisesti sovellu tilanteeseen, jossa kunnat päättävät organisoida toimintojaan uudelleen ja siirtää toimivallan tietyn palvelun tuottamiseen toiselle viranomaisyksikölle tai erikseen muodostettavalle oikeushenkilölle.

> *Ranskaa* koskeneen ennakkoratkaisun C-264/03 mukaan mikäli viranomaisyksikkö siirtää toiselle yksikölle sellaisen määräysvallan, joka sillä on omiin yksiköihinsä nähden, kyse on viranomaistehtävän sisäisestä organisoimisesta. Myös tehtävän saanut yksikkö käyttää silloin perustamissopimuksen 45 artiklan tarkoittamaa julkista valtaa, jolloin perustamissopimuksen sijoittautumis- ja palvelujen tarjonnan vapautta koskevien lukujen määräyksiä ei sovelleta.[134]

Kuntayhtymän perustaminen on viranomaisen toiminnan uudelleen organisoimista. Kuntayhtymä on kuntalain 80 §:n mukaan itsenäinen oikeushenkilö, jolla on oikeustoimikelpoisuus. Kuntayhtymä on perustettu kuntalain 78 §:n mukaisella kuntien välisellä, valtuustojen hyväksymällä sopimuksella (*perussopimus*), jossa sovitaan mm. päätöksentekojärjestyksestä ja hallinnon ja talouden tarkastuksesta. Kuntayhtymän johtamisesta ja kontrolloimisesta on näin laissa yksi-

[134] Asia C-264/03, *komissio vs. Ranska*, k. 49 ja 50.

tyiskohtaiset säädökset. Kuntayhtymä valtuutetaan käyttämään kunnan puolesta valtaa sille tehdyn toimivallan siirron perusteella.[135]

Tässä yhteydessä ei ole syytä sekoittaa käsitteitä siten, että yleisen edun mukaisessa tarkoituksessa suoritettu palvelutehtävä olisi julkisen vallan käyttöä. Palveluhankintadirektiiviä sovellettiin tietyin poikkeuksin mm. maanpuolustusalalla toimivien hankintaviranomaisten tekemiin palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin.[136] Tuomioistuimen omaksuman suppean tulkinnan mukaan poikkeus koskee vain toimintoja, joilla on suora ja erityinen yhteys julkisen vallan käyttöön. Joka tapauksessa ns. välillinen julkishallinto, yksityisoikeudellisten subjektien ja erilaisten *sui generis* -yhteisöjen valtiovallan tuen turvin toteuttama julkisen vallan käyttö ei siis kuulu vapautettavan sijoittautumisoikeuden ja palvelujen tarjonnan vapauden piiriin.[137]

Hankintasopimuksella tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välistä sopimusta. Toimittajalla hankintalain 5 §:n 1 momentin 7 kohdan mukaan tarkoitetaan luonnollista henkilöä, oikeushenkilöä tai julkista tahoa taikka edellä tarkoitettujen tahojen ryhmittymää, joka tarjoaa markkinoilla tavaroita tai palveluja taikka rakennustyötä tai rakennusurakoita. Määritelmä vastaa hankintadirektiivin määritelmää, jonka mukaan ”palvelujen suorittajalla tarkoitetaan muun muassa oikeushenkilöä, joka tarjoaa markkinoilla palveluja”. Mainitun artiklankohdan toinen alakappale kuvaa tällaisen oikeushenkilön luonnetta, kun se selkeyttää ”taloudellisen toimijan” käsitettä. Tällainen toimija on mm. 8 kohdan ensimmäisessä kohdassa todettu palvelujen suorittaja.[138] Vielä kehittymässä olevan oikeuskäytännön mukaan yhteisöjen tuomioistuin tulkitsee varsin tiukasti kriteereitä, joilla tarjoajan voitaisiin katsoa olevan muu kuin taloudellinen toimija. Tämä ilmenee niistä ehdoista, jotka tuomioistuin on asettanut hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle jääville sidosryhmähankinnoille (*in house* -hankinnoille).

Toiminnan järjestelystä oli kysymys ennakkoratkaisussa *Teckal* C-107/98, jossa kuntien yhtymä valtuutettiin käyttämään kunnan puolesta valtaa sille tehdyn toimivallan siirron perusteella.[139] Myös komissio näyttää tulkitsevan oikeus-

---

[135] Ks. kuntayhtymästä *Hannus – Hallberg,* 2000, s. 504 ss.
[136] Asia C-264/03, *komissio vs. Ranska*, k. 48.
[137] Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 483 ss.
[138] Aikaisemman palveluhankintadirektiivin 92/50/ETY 1 artiklan c alakohdassa ”palvelun suorittajalla” tarkoitettiin myös ”palveluja suorittavaa luonnollista henkilöä tai oikeushenkilöä julkisoikeudelliset laitokset mukaan luettuina”. Tätä toteamusta tuomioistuimen mukaan tukee se, että tiettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta direktiiviä sovelletaan maanpuolustusalalla toimivien hankintaviranomaisten tekemiin julkisia palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin. Ks. asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 42 ja 48.
[139] Asia C-107/98, *Teckal*.

käytäntöä vastaavalla tavalla ja siten, että julkisissa hankinnoissa on kysymys palvelujen hankkimisesta markkinoilta.[140] Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan järjestelylle asetetaan kuitenkin erityisiä ehtoja, jotta järjestelyä voitaisiin pitää *Teckal*-ratkaisun mukaisena *in house* -järjestelynä. Tuomioistuimen myös *ARGE Gewässerschutz* C-94/99 ennakkoratkaisussa ilmaisemien kriteereiden mukaan hankintadirektiiviä voidaan soveltaa silloin, kun hankintaviranomainen aikoo tehdä hankintaviranomaisesta muodollisesti *erillisen* ja *päätöksenteon kannalta itsenäisen* yksikön kanssa rahallista korvausta vastaan kirjallisen sopimuksen, jonka kohteena on tavaroiden tai palvelujen hankinta, riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen.[141]

Yhteisöjen tuomioistuin tarkasteli valvontaehdon toteutumista myös ennakkoratkaisussa *Stadt Halle* C-26/03. Kyse tässä tapauksessa oli kaupungin ja sen välillisesti ja osittain omistaman yhtiön välisestä sopimuksesta. Ennakkoratkaisun mukaan yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa kyseinen hankintaviranomainen on mukana, sulkee joka tapauksessa pois sen mahdollisuuden, että hankintaviranomainen voisi valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan.[142] Edellä todettu koskee oikeuskäytännön mukaan myös sopimuksia, jotka eivät kuulu hankintadirektiivien soveltamisalaan tai jotka kuuluvat siihen vain osittain.

Kansallisessa oikeuskäytännössä on korkein hallinto-oikeus katsonut Hangon kaupunkia koskeneessa ratkaisussaan (KHO 30.11.2004, taltio 3048), että huolimatta sairaankuljetusta koskevan yhteistyösopimuksen eräistä erityispiirteistä, Espoon kaupungin ylläpitämä Länsi-Uudenmaan pelastuslaitos on sairaankuljetustoiminnan osalta Hangon kaupungista muodollisesti erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö, jolta Hangon kaupunki osti rahallista vastiketta vastaan sairaankuljetuspalveluja.[143] Sen sijaan toisessa, alueellista ensihoitopalvelua koskeneessa ratkaisussa (KHO 30.8.2006, taltio 2207) korkein hallinto-oikeus katsoi, ettei Porvoon ja Loviisan kaupunkien sekä eräiden muiden alueen kuntien alueellisesta pelastustoimesta tekemä sopimus ollut (tuolloin voimassa olleen) hankintalain 4 §:n mukainen hankinta.[144]

Porvoon kaupungin ja Itä-Uudenmaan pelastuslaitoksen välillä oli tosin laadittu kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusura-

---

[140] Komissio tulkitsee yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä vastaavalla tavalla. Ks. Suomen 18.10.2005 komissiolta pyytämä Lausunto Suomen kuntien välisten suorahankintojen sallittavuudesta.

[141] Asia C-94/99 *ARGE Gewässerschutz*, k. 40.

[142] Asia C-26/03, *Stadt Halle*, k. 44–51. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä *in house* -suhdetta on käsitelty toistaiseksi asioissa C-107/98, *Teckal*, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, C-26/03, *Stadt Halle ym*, C-340/04, *Carbotermo ja Consorzio Alisei* ja C-410/04, *ANAV*.

[143] KHO 30.11.2004, taltio 3048.

[144] KHO 30.8.2006, taltio 2207.

koista annetun asetuksen (380/1998) 5 §:n 1 momentin 3 kohdan määritelmän mukainen kirjallinen sopimus, jolla on taloudellista arvoa ja joka koskee ensihoitopalvelun ostamista. Kun kuitenkin otettiin huomioon Itä-Uudenmaan pelastuslaitoksen asema Porvoon kaupungin alaisuudessa ja valvonnassa, kyse ei ole ollut kahden muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön välisestä palveluhankinnasta, vaan Porvoon kaupungin oman organisaation sisällä toteutetusta palvelusta. Näin ollen Porvoon kaupungin ja Itä-Uudenmaan pelastuslaitoksen välisessä sopimuksessa ei ole ollut kysymys julkisista hankinnoista annetun lain 4 §:ssä tarkoitetusta hankinnasta. Tässä ratkaisussa oikeus näyttää panneen erityistä painoarvoa myös sille, että toiminnan kustannukset eivät määräytyneet markkinaehtoisesti vaan kustannusperusteisesti.

8.4 ERITYIS- JA YKSINOIKEUS

Hankintalakia ei sovelleta 12 §:n mukaan myöskään palveluhankintoihin, jotka tehdään toiselta hankintayksiköltä sille Euroopan yhteisön perustamissopimuksen mukaisella lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä annetun palvelujen tuottamista koskevan yksinoikeuden perusteella. Säännös vastaa hankintadirektiivin 18 artiklaa. Sen mukaan direktiiviä ei sovelleta palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka hankintaviranomainen tekee toisen hankintaviranomaisen tai hankintaviranomaisten yhteenliittymän kanssa ja jotka perustuvat näille viranomaisille julkaistujen lakien, asetusten tai hallinnollisten määräysten nojalla annettuun yksinoikeuteen edellyttäen, että nämä määräykset ovat perustamissopimuksen mukaisia.

Yksinoikeuden haltijan tulisi hallituksen esityksen mukaan (HE 50/2006 vp, s. 65) olla viranomaisyksikkö, kuten valtion tai kunnan viranomainen, valtion liikelaitos tai julkisoikeudellinen laitos tai tällaisten yhteenliittymä.[145] Hankintalain 12 §:ssä tarkoitetaan siten lain 6 §:n 1 momentin 1–4 kohdassa säädettyjä hankintayksiköitä. Siten muille tahoille annettava yksinoikeus ei antaisi poikkeamaa lain kilpailuttamisvelvoitteesta.

Yksinoikeuden ja erityisoikeuden kriteerit ovat kehittyneet yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä, sillä perustamissopimus ei niitä sisällä. Näitä selvitetään jäljempänä yksityiskohtaisemmin. Mahdollisuus erityis- ja yksinoikeuden antamiseen julkisen palvelutehtävän hoitamiseksi sisältyy perustamissopimuksen 86 artiklaan. Alustavasti voidaan myös todeta, että artikla 86 koskee julkisia yrityksiä ja yrityksiä, joille jäsenvaltiot ovat myöntäneet erityis- tai yksinoikeuden julkisen palvelun tehtävän hoitamiseen. Yksinoikeuden ehtojen olemassa-

[145] HE 50/2006 vp, s. 65.

oloa tulee arvioida ankaran tulkintaperiaatteen mukaisesti, ja näyttövelvollisuus esimerkiksi siitä, että vain tietyllä toimittajalla on mahdollisuus palvelun suorittamiseen, on sillä, joka väittää tällaisten olosuhteiden olevan olemassa.[146]

Kansallisessa lainsäädännössämme yksinoikeus on määritelty laissa eräitä yrityksiä koskevasta taloudellisen toiminnan avoimuus- ja tiedonantovelvollisuudesta (19/2003) siten, että sillä tarkoitetaan julkisyhteisön yhdelle yritykselle lailla, asetuksella tai hallintopäätöksellä myöntämää oikeutta, joka antaa kyseiselle yritykselle oikeuden tiettyjen palvelujen tarjoamiseen tai tietyn toiminnan harjoittamiseen tietyllä maantieteellisellä alueella (1 §:n 2 momentin b kohta). Vastaavasti erityisoikeudella tarkoitetaan oikeuksia, joita julkisyhteisö myöntää rajoitetulle määrälle yrityksiä lailla, asetuksella tai hallintopäätöksillä (1 §:n 2 momentin c kohta).[147]

Tutkittaessa mahdollisuuksia antaa esimerkiksi sosiaali- ja terveysjärjestölle yksinoikeus palvelutehtävän hoitamiseen, on syytä jo aluksi tiedostaa se, että palveluja koskeva yksinoikeus vaikuttaa voimakkaasti mahdollisuuteen toteuttaa perustamissopimuksen palvelun tarjontaa ja sijoittautumista koskevaa vapausoikeutta.[148] Samoin yksinoikeus vaikuttaa myös perustuslain 18 §:ssä säädetyn elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden toteutumiseen, mikä hallituksen hankintalakia koskevassa esityksessä todetaankin.[149]

Hankintalain 12 §:n tarkoitus tullee ymmärrettävämmäksi, kun tarkastellaan sen perustana olleen hankintadirektiivin 18 artiklan syntyä. Direktiivin soveltamisen poissulkeva ehto sisällytettiin alkuperäiseen palveluhankintadirektiiviin tilanteessa, joka vastasi eräiden jäsenmaiden olemassa ollutta käytäntöä. Sellainen oli esimerkiksi Kreikassa julkisia yrityksiä koskenut velvollisuus käyttää määrättyjä tilintarkastus- ja kirjanpitoyhteisöjä, minkä käytännön haluttiin jatkuvan.[150] Suomessa lainsäädäntöön perustuvia yksinoikeuksia olivat Painatuskeskus Oy:lle annettu yksinoikeus säädöstekstien painamiseen ja Postipankki Oy:n asema valtion maksuliikenteen hoitajana.[151] Tarkoituksena ei ollut ”siunata” olemassa olevia vanhoja yksinoikeuksia antamalla poikkeus direktiivin soveltamisalasta sellaisille yksinoikeusjärjestelyille, jotka olivat perustamissopimuksen vastaisia.[152]

---

[146] Asia C-199/85, *komissio vs. Italia*, k. 14.
[147] Laki perustuu jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta annettuun direktiiviin 80/723/ETY.
[148] Ks. esimerkiksi rakennusdirektiiviä 71/305 koskeva asia C-199/85, *komissio vs. Italia*, k.14.
[149] Ks. HE 50/2006 vp, s. 65.
[150] *Trepte*, 1993, s. 106.
[151] *Lievonen*, 1997, s. 102.
[152] Ks. *Bovis*, 2005, s. 624. Bovis kuvaa erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY vastaavan määräyksen alkuperäistä tarvetta.

Suomen kansallisessa kilpailuttamisvelvollisuutta koskeneessa oikeuskäytännössä yksinoikeuden antaminen näyttäisi esiintyneen kerran.

> Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa (KHO 30.11.2004, taltio 3048) kysymys oli sairaankuljetuspalveluja koskevasta hankinnasta. Pelastuslain (468/2003) 3 §:n mukaan kunnat vastaavat yhteistoiminnassa pelastustoimesta valtioneuvoston määräämällä alueella (alueen pelastustoimi) siten kuin siitä säädetään pelastuslain 4 §:ssä. Sen mukaan alueen kuntien on tehtävä sopimus pelastustoimen yhteistoiminnan järjestämisestä. Kyseinen laki ei velvoita kuntia yhteistoimintaan sairaankuljetuspalvelujen järjestämisessä, joten yhteistoiminta ei perustu tältä osin laissa määrättyyn velvollisuuteen. Korkein oikeus katsoi tämän perusteella, ettei kysymys ollut Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen Hangon kaupungille tuottamien sairaankuljetuspalvelujen osalta hankintalain 3 §:n 3 momentin tarkoittamasta palveluhankinnasta, joka tehdään toiselta hankintayksiköltä sille lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä annetun yksinoikeuden perusteella.[153] Tämän vuoksi oikeuden mukaan sopimus ei jäänyt julkisia hankintoja koskevan sääntelyn soveltamisen ulkopuolelle.[154]

Hankintadirektiivin 18 artiklan mukainen direktiivin rajausta koskeva tilanne syntyy silloin, kun kyse on toisen hankintaviranomaisen suorittamasta palvelutehtävästä. Mikäli sosiaali- ja terveysjärjestön asema olisi sellainen, että järjestön voitaisiin katsoa olevan direktiivin tarkoittama julkisoikeudellinen laitos, ei direktiiviä sovellettaisi lainkaan julkisen viranomaisyksikön, esimerkiksi kunnan ja järjestön välisiin sopimuksiin. Asiakkaat vastaanottaisivat sopimusten perusteella (esimerkiksi sosiaalihuollon) palveluja yksinoikeuden saaneelta, hankintadirektiivin tarkoittamalta julkisoikeudelliselta laitokselta.

Erityis- tai yksinoikeuden antamisen arviointi on mahdollista tehdä kokonaisuudessaan kuitenkin vasta sitten, kun ensiksi on selvitetty julkisen palvelutehtävän antamisen edellytykset sekä yhteisön että kansallisen oikeuden perusteella. Lisäksi tulee selvittää yhdistyslain merkitys yhdistyksen toiminnan säätelijänä sekä sosiaali- ja terveyspalvelujen luonne yleisen edun mukaisina palveluina.[155]

8.5 SYRJIMÄTTÖMYYSVELVOITE ERITYIS- JA YKSINOIKEUTEEN PERUSTUVASSA PALVELUHANKINNASSA

Hankintalain yksinoikeutta ja erityisoikeutta koskeva 3 § perustuu suoraan hankintadirektiivin samansisältöiseen 3 artiklaan ilman, että sen sisältöön olisi puu-

---

[153] Oikeuden ratkaisu perustui aikaisemman lain 3 §:n 3 momenttiin. Lainkohta on säilynyt sisällöltään samanlaisena myös uudessa hankintalaissa.
[154] KHO 30.11.2004, taltio 3048.
[155] Tästä aikaisemmat johtopäätökseni lisensiaatintutkimuksessa, *Romppainen*, 2003, s. 120–138.

tuttu kansallisen lain säätämisessä. Selvennyksenä on aiheellista todeta, että hankintadirektiivin 18 artikla säätää *kahden hankintaviranomaisen* välisestä sopimustilanteesta, kun taas direktiivin 3 artikla säätää *viranomaisen ja yksityisen* tahon välisestä suhteesta. Hankintadirektiivin 3 artikla noudattaa erityisalojen hankintadirektiivin (2004/17/EY) kanssa yhtäläistä periaatetta käsitellessään erityisoikeuksia ja yksinoikeuksia rinnasteisesti.[156] Myöskään yhteisöjen tuomioistuin ei ole tehnyt erottelua. Erityis- ja yksinoikeuden käsite on ”lainattu” perustamissopimuksen 86 artiklasta, joten käsitteen kahta erillistä, toisistaan sisällöllisesti erotettavissa olevaa osaa ei ole erotettu toisistaan.[157]

Hankintadirektiivin 3 artiklan mukaan hankintayksikön myöntäessä muulle taholle kuin hankintaviranomaiselle erityis- tai yksinoikeuden julkisen palvelutoiminnan harjoittamiseen, sen on samalla asiakirjassa, jolla yksinoikeus annetaan, määrättävä, että yksikön on tähän toimintaan kuuluvia hankintasopimuksia kolmansien osapuolten kanssa tehdessään noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltämisen periaatetta. Artikla ei siten koske sellaisia julkisen palvelutoiminnan harjoittajia, jotka ovat lain tarkoittamia hankintayksiköitä, sillä nämä noudattavat lain direktiivin ehtoja jo muutoinkin kokonaisuudessaan.[158] Säännös ei sisällä määräyksiä oikeuksien antamisen tavasta.

Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan hankintadirektiivin 3 artikla toteuttaa julkisissa hankinnoissa perustamissopimuksen 12 artiklaan sisältyvän kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kiellon periaatetta.[159] Direktiivin kieltosäännöksen johdosta kyseinen määräys tulee palvelumonopolin antamisen tai siihen liittyvän sopimuksen ehdoksi.[160] Ehto tulee sisällyttää jäsenvaltion oikeusjärjestyksen mukaiseen tehtäväksiantoasiakirjaan. Tällaisia ovat julkisen viranomaisen asia-

---

[156] Tämä periaate ilmenee hankintadirektiivin kanssa samanaikaisesti voimaan tulleesta erityisaloja koskevan direktiivin (2004/17/EY) 2 artiklan määritelmistä. Artiklan 3 kohdan mukaan ”erityis- ja yksinoikeuksilla” tarkoitetaan oikeuksia, jotka jäsenvaltion toimivaltainen viranomainen on lain, asetuksen tai hallinnollisen määräyksen nojalla myöntänyt, ja joilla varataan 3–7 artiklassa määritellyn toiminnon harjoittaminen yhdelle tai useammalle yksikölle, mikä vaikuttaa merkittävästi muiden yksiköiden mahdollisuuksiin harjoittaa kyseistä toimintaa.

[157] Trepte on selvittänyt erityis- ja yksioikeuden käsitettä 90 (nykyisin 86) artiklan 3 kohdan perusteella direktiivin 88/301 (televiestinnän verkkoja koskeva direktiivi) kehityksen perusteella. Direktiivissä käytettiin 90 artiklan mukaista käsitettä erityis- tai yksinoikeus. Yhteisöjen tuomioistuin käytti direktiiviä koskevassa ratkaisussaan (asia C-202/88 *Ranska v. komissio*) vain käsitettä erityisoikeus riittävänä määritelmänä oikeudesta, josta tapauksessa oli kyse. Tuomioistuin ei tarjonnut mitään selitystä sille, miten nämä kaksi kategoriaa tulisi erotella. Käytännön terminologiassa erottelulla näyttää olleen kovin vähän merkitystä, sillä komissio oli yksilöinyt erityisoikeuden kyseisessä tapauksessa riittävästi. Joka tapauksessa ongelmaksi jäi erityisoikeuden määritelmän puuttuminen, mikä saattaa aiheuttaa väärinymmärryksiä. Ks. *Trepte*, 1993, s. 9–11. Ks myös *Arrowsmith*, 2005, s. 237.

[158] HE 50/2006, s. 49.

[159] Esimerkiksi asia C-275/98, *Unitron Scandinavia*, k. 31.

[160] Ks. *Kalima,* 1996, s. 50.

kirjat, jotka sisältävät säädöksen, määräyksen tai hallinnollisen päätöksen.[161] Suomessa tällaisia ovat mm. julkaistut lait, asetukset ja kunnanvaltuustojen päätökset, joihin yksinoikeus saattaisi perustua.[162]

[161] Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 7.
[162] Ks. *Kalima*, 1996, s. 50.

9 Sosiaali- ja terveyspalveluhankintaa koskeva menettely

9.1 EU:N JA KANSALLISET KYNNYSARVOT

Kynnysarvot määrittelevät hankintadirektiivin periaatteellisen soveltamisen sekä kansallisen ja yhteisön toimivallan jakautumisen. Hankinnan arvon ollessa vähintään hankintadirektiivissä määritellyn kynnysarvon suuruinen, direktiivi edellyttää sovitettavaksi yhteen kansalliset julkisia hankintoja koskevat säännökset. Hankintadirektiivin mukaisten kynnysarvojen alle jäävissä hankinnoissa ei direktiiviä sovelleta lainkaan, vaan hankintamenettelystä säätäminen jää jäsenvaltion päätösvaltaan. Kynnysarvon alittavia hankintoja on luonnehdittu *kansallisiksi hankinnoiksi*.[163]

Hankintalain 16 §:n mukaiset hankintadirektiivin mukaiset kynnysarvot ovat:

1) 137 000 euroa valtion keskushallintoviranomaisten tavarahankinnoissa ja palveluhankinnoissa;
2) 211 000 euroa muiden kuin edellä 1 kohdassa tarkoitettujen hankintayksiköiden tavarahankinnoissa ja palveluhankinnoissa; sekä
3) 5 278 000 euroa rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa.

Tavara- ja palveluhankintoja koskevan 211 000 euron sekä rakennusurakoita ja käyttöoikeusurakoita koskeva 5 278 000 euron kynnysarvo koskee siten myös kuntia ja kuntayhtymiä.[164]

Myös hankintadirektiivin soveltamisalasta pois jätetyistä hankinnoista säädettäessä tulee ottaa huomioon mahdollisuus yhteisön oikeuden välittömään soveltamiseen (ks. edellä kappale 2.2). Yhteisöjen tuomioistuin on soveltanut *avoimuusperiaatetta* myös sellaisessa tapauksessa, jossa se on aluksi selvästi todennut hankinnan jäävän hankintadirektiivin soveltamisen ulkopuolelle.[165] Sovellettaviksi voivat tulla yhteisön perustamissopimuksen perustavaa laatua olevat vapausoikeudet ja niihin liittyen erityisesti kielto kansalaisuuteen perustuvasta syrjinnästä. Jäsenvaltiot eivät saa ylläpitää mitään sellaista lainsäädäntöä, joka rikkoisi perustamissopimuksen 43 tai 49 artiklaa tai loukkaisi yhdenvertaisen

---

[163] Ks. *Kalima*, 2001, s. 59 ss.
[164] Kauppa- ja teollisuusministeriön on 16 §:n 2 momentin mukaan ilmoitettava virallisessa lehdessä EU-kynnysarvojen muutoksista komission tekemien tarkistusten mukaisesti.
[165] Edellä käsitellyt asiat C-324/98, *Teleaustria* ja C-59/00, *Vestergaard.*

kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteita.[166] Avoimuusperiaate varmistaa kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi, että viranomaiset toteuttavat hankinnoissaan erityistä avoimuutta, jotta sopimusten tekeminen avautuisi kilpailulle ja sopimusten tekomenettelyjen puolueettomuutta voitaisiin valvoa.[167]

Kynnysarvon arvioinnissa käytetään hankintalain 17 §:n mukaan hankintasopimuksen suurinta ennakoitua arvonlisäverotonta kokonaisarvoa. Lain 19 §:n 3 momentin mukaan määräaikaisten, enintään 48 kuukautta voimassa olevien sopimusten ennakoidun arvon laskennassa käytetään sopimuksen voimassaolon aikaista kokonaisarvoa jäännösarvo mukaan lukien. Toistaiseksi tai yli 48 kuukautta voimassa olevien hankintojen osalta sopimuksen ennakoidun arvon laskennassa käytetään sopimuksen kuukausiarvoa kerrottuna luvulla 48.

Hankintadirektiivin sosiaali- ja terveyspalveluja koskevat säännökset vastaavat aikaisemmin voimassa olleen palveluhankintadirektiivin (92/50/ETY) määräyksiä. Terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut sisältyvät direktiivin liitteeseen II B. Direktiivin 21 artiklan mukaan liitteessä II B lueteltuja palveluja koskeviin hankintoihin sovelletaan liitteestä II A poikkeavia menettelytapoja. Liitteen II A hankintoja koskevat kaikki direktiivin 23–25 artikloissa säädetyt menettelytavat, kuten hankintoja koskevat tekniset eritelmät, vaihtoehtoisten hankintojen mahdollisuus, hankintasopimuksen toteuttamisen ehdot, hankinnan eri menettelytapoja (esimerkiksi avoin menettely ja rajoitettu menettely sekä neuvottelumenettely), julkisuutta ja avoimuutta koskevat ja tarjousten käsittelyä koskevat säännöt.

Hankintadirektiivin liitteet sisältävät yksityiskohtaiset luettelot direktiivin piiriin kuuluvista hankinnoista, mutta direktiivin soveltamisen alaan kuuluvat muutkin palvelut kuin liitteissä nimenomaan mainitut. Perusjako tapahtuu siten, että palvelut, joita ei ole mainittu liitteessä II A kuuluvat liitteen II B tarkoittamiin palveluihin. Kun liitteen II B viimeinen ryhmä 27 sisältää ryhmän ”Muut palvelut”, tarkoittaa se sitä, että toissijaisiin palveluihin sisältyvät kaikki hankintadirektiivin palvelusopimuksen ehdot täyttävät palvelut. Edellä todettua vahvistaa myös se, että yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan jokainen palvelu kohdennetaan joko direktiivin liitteeseen I A tai liitteeseen I B.[168]

---

[166] Ks. asia C-458/03, *Parking Brixen*, k. 46–52 ja asia C-264/03, *komissio vs. Ranska*, k. 32.
[167] Asia C-324/98, *Teleaustria*.
[168] Peruste ilmenee direktiivin 2004/18/EY johdanto-osan kohdasta 36. Palvelujen jakamista hankintadirektiivin soveltamisessa liitteen II A ensisijaisiin ja liitteen II B toissijaisiin palveluihin voidaan tarkastella yksityiskohtaisesti myös palvelujen sisällön perusteella. Tämän tekee mahdolliseksi yhteisön sisällä noudatettava yhteinen viitenimikkeistö (*CPV*), joka on hyväksytty Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EY) N:o 2195/2002. Sillä on tarkoitus varmistaa nimikkeistön vastaavuus muiden voimassa olevien nimikkeistöjen kanssa. Standardisoiduilla nimikkeistöillä pyritään parantamaan hankintailmoitusten ymmärrettävyyttä, jolloin yhteisössä toimivat taloudelliset toimijat voisivat päättää, ovatko tarjouspyynnöt heitä kiinnostavia vai eivät.

Toissijaisia palveluhankintasopimuksia koskevat vain 23 artiklan teknisiä eritelmiä ja 35 artiklan 4 kohdan jälki-ilmoitusta koskevat määräykset. Teknisten eritelmien on hankintalain 44 §:n mukaan tehtävä mahdolliseksi se, että tarjoajilla on yhtäläiset mahdollisuudet osallistua kilpailuun.[169] Hankintadirektiivin teknisten eritelmien tarkoituksena on kyseisen direktiivin johdanto-osan 29 kohdan mukaan se, että palvelut avautuisivat kilpailulle. Kun tämä perustelu koskee yhtä lailla sosiaali- ja terveyspalveluja kuin muitakin julkisia hankintoja, ottaa direktiivi jo nyt huomioon sen, että kyseiset palvelut jossain vaiheessa tulisivat sen soveltamisen piiriin.[170]

Toissijaisten hankintojen (”*non-priority*”- tai ”*residuary*”-hankinnat) jättämistä alkuperäisten direktiivin periaatteiden kehittämisvaiheessa pois palveluhankintadirektiivin sääntöjen täyden soveltamisen alasta on perusteltu sillä, etteivät ne ole merkittäviä rajat ylittävän kaupan kannalta.[171] Tätä on pyritty nyt selventämään myös hankintadirektiivin johdanto-osan 18 kohdassa. Liitteen II B toissijaisiin hankintoihin ei direktiiviä kohdan 19 mukaan sovelleta siirtymäkautena täysimittaisesti, koska direktiivin säännökset eivät tee mahdolliseksi toteuttaa kaikkia valtioiden rajat ylittävän kaupan lisäämismahdollisuuksia.[172] Yhteisön julkisia hankintamenettelyjä koskevat säännökset voivat siten myöhemmin tulla sovellettaviksi myös toissijaisiin palveluihin. Toissijaiset hankinnat ovat toistaiseksi ”jonotuslistalla” tullakseen direktiivin sääntelyn piiriin.[173]

Hankintalaki on säädetty edellä kuvatun mukaan määräytyvän, kynnysarvoista ja yhteisön perustamissopimuksen oikeusvaikutuksesta johtuvan toimivallan perusteella. Hankintalakiin on sisällytetty kansalliset kynnysarvot, joiden alle jääviin hankintoihin lakia ei sovelleta. Hankintojen sääntely uudessa hankintalaissa eroaa merkittävästi aikaisemmasta sikäli, että hankinnan vähäinen arvo on nyt määritelty laissa. Hankintalain kilpailuttamisvelvoitteen ulottaminen kaikkiin hankintoihin niiden arvosta riippumatta on käytännössä koettu raskaaksi ja

---

[169] Komission tulkitseva tiedonanto julkisiin hankintoihin sovellettavasta yhteisön lainsäädännöstä ja mahdollisuuksista ottaa sosiaaliset näkökohdat huomioon julkisissa hankinnoissa, s. 4.

[170] Hankintadirektiivin liitteen VI 1 kohdan mukaan tekninen eritelmä esimerkiksi palveluhankintoja koskevien sopimusten osalta tarkoittaa sitä, että erittely sisältyy asiakirjaan, jossa palvelulta edellytetyt ominaisuudet määritellään. Ominaisuuksiin kuuluvat laadun taso, ympäristösuojelun taso, suunnitteluvaatimukset (mukaan luettuna vammaiskäyttö), vaatimuksenmukaisuuden, käyttöön soveltuvuuden ja tuotteen käytön arviointi, turvallisuus ja mitat, mukaan lukien tuotteeseen kohdistuvat vaatimukset myyntinimitysten, termistön, tunnusten, testauksen ja testausmenetelmien, pakkauksen, merkitsemisen, etiketöinnin, käyttöohjeiden ja tuotantoprosessien ja -menetelmien osalta sekä vaatimuksen mukaisuuden arvioinnin. Luetteloa ei ole selvästikään laadittu palveluhankintoja silmällä pitäen.

[171] Ks. *Cox*, 1993, s. 201.

[172] Ks. myös *Kalima*, 2001, s. 68.

[173] *Pekkala*, haastattelu. Pekkala oli mukana jo kumotun hankintalain valmistelussa ja johti uuden hankintalain valmistelua.

aikaa vieväksi, kuten lain valmisteluasiakirjoissa todetaan (HE 50/2006 vp, s. 67).[174]

Hankintalain 15 §:n mukaan kansalliset kynnysarvot ovat

1) 15 000 euroa tavara- ja palveluhankinnoissa, suunnittelukilpailuissa, palveluja koskevissa käyttöoikeussopimuksissa ja käyttöoikeusurakoissa;
2) edellä todetusta poiketen 50 000 euroa muun muassa liitteen B (ryhmä 25) mukaisissa terveydenhoito- ja sosiaalipalveluissa; sekä
3) 100 000 euroa rakennusurakoissa ja käyttöoikeusurakoissa.

Koska hankintadirektiivin menettelytapoja koskevat määräykset koskevat liitteeseen II B sisältyviä sosiaali- ja terveyspalveluja vain rajoitetusti, on niiden hankinnassa mahdollista toteuttaa menettelyä, jonka arvioidaan parhaiten toteuttavan niille laissa asetettuja tavoitteita ja tehtäviä.[175]

Hankintadirektiivi ei säätele terveydenhuolto- ja sosiaalipalveluhankintoja rajoitetustikaan, jos niitä koskevan hankinnan arvo jää alle EU-kynnysarvon. Hankintalakia säädettäessä on pyritty ottamaan huomioon kansallista ja Euroopan yhteisön oikeuskäytäntöä. Sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevista menettelytapavelvoitteista on nyt säädetty parlamentaarisessa menettelyssä pyrkien siihen, että säännökset tekevät mahdolliseksi joustavat ja yksinkertaiset menettelytavat vaarantamatta tarjoajien oikeusturvaa (ks. HE 50/2006 vp, s. 25 ja 26).[176]

Sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoille erikseen asetettua, muista hankinnoista poikkeavaa 50 000 euron kansallista ”vähäisyysrajaa” perustellaan hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp, s. 35) sillä, että kyseisten palvelujen erityispiirteet tulisivat riittävän hyvin huomioon otetuiksi. Nämä palveluhankinnat ovat usein runsaasti valmistelua vaativia toimenpiteitä, minkä vuoksi näiden palvelujen kohdalla riski hankintamenettelyn kustannusten nousemisesta kohtuuttomiksi verrattuna laissa säädettyjen menettelyjen noudattamisesta koituviin hyötyihin on muita hankintoja suurempi. Lisäksi lakia valmisteltaessa on oletettu, että kynnysarvojen asettaminen tavanomaisia tavara- ja palveluhankintoja jossain määrin korkeammalle tasolle on omiaan rohkaisemaan kuntia palveluiden hankkimiseen markkinoilta. Tätä on pidettävä lain tavoitteiden kannalta tarkoituksenmukaisena. Merkittävät sosiaali- ja terveyspalveluhankinnat ovat jatkossakin varsin kat-

---

[174] Hankintalain mukaisen kilpailuttamisen aiheuttamat välittömät ja välilliset kustannukset ovat usein kohonneet hankintojen arvoon nähden kohtuuttomiksi, jolloin kilpailuttamisesta saatavan taloudellisen hyödyn on arvioitu jäävän vähäiseksi. Hankintalain mukaisiin tarjouskilpailuihin osallistuminen aiheuttaa myös tarjoajille henkilöstö- ja muita kustannuksia, mikä on vähentänyt kiinnostusta julkisen sektorin tarjouskilpailuun osallistumiseen. HE 50/2006 vp. s. 67.

[175] Toissijaiset hankinnat on jätetty myös GPA-sopimuksen soveltamisalan ulkopuolelle. HE 50/2006 vp, s. 7.

[176] HE 50/2006 vp, s. 25 ja 26.

tavasti lain soveltamisen piirissä ottaen huomioon, että hankintojen keskimääräinen arvo on suurempi kuin muissa hankinnoissa (HE 50/2006 vp, s. 35).[177]

Yhteisön perustamissopimuksen perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien suoran soveltamisen ja niiden yhteydessä sovellettavien oikeusperiaatteiden johdosta yhteisöjen tuomioistuin ei ole hyväksynyt yleistä kansallista *de minimis* -rajan asettamista hankinnalle, vaan hankinta on tullut perustella jokaisessa yksittäistapauksessa erikseen. Tämä asettaa merkittävän epävarmuustekijän uuden hankintalain soveltamiselle.[178] Hankintalain kynnysarvoihin perustuvasta soveltamisalan rajauksesta huolimatta voivat julkisten hankintojen toteuttamisessa noudatettaviksi tulla muussa lainsäädännössä olevat velvoitteet. Siten esimerkiksi soveltuvat hallintolain ja kuntalain tasapuolisuus- ja avoimuusvelvoitteet sekä menettelytapavelvoitteet koskisivat edelleen myös hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle jäävien hankintojen tekemistä.[179]

9.2 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUHANKINTOJA KOSKEVAT HANKINTALAIN SÄÄNNÖKSET

9.2.1 Lain rakenteesta

Hankintain 21 §:n tarkoituksena on selkeyttää kynnysarvojen moninaisuudesta johtuvaa, varsin monisäikeistä järjestelmää. Lainkohdan edelleen selkeyttäminen on välttämätöntä myös tämän tutkimuksen kannalta. EU-kynnysarvot ylittäviin tavarahankintoihin, liitteen A ensisijaisiin palveluhankintoihin sekä rakennusurakoihin sovelletaan hankintalakia kokonaisuudessaan, lukuun ottamatta lain 9 luvun säännöksiä. Kyseinen luku sisältää tarjousmenettelyä koskevat säännökset kynnysarvot alittavissa ja liitteen B mukaisissa toissijaisissa palveluhankinnoissa sekä eräissä muissa erityistapauksissa. Hankintalain 21 §:n mukaan lakia sovelletaan (lukuun ottamatta 9 luvun säännöksiä) kokonaisuudessaan myös siinä tapauksessa, että toissijaisia hankintoja tehdään yhdessä ensisijaisten hankintojen kanssa ja viimeksi mainittujen arvo on suurempi kuin ensiksi mai-

---

[177] HE 50/2006 vp, s. 35. Hankintalakia valmistellut työryhmä ei ollut kynnysarvojen suuruudesta yksimielinen, mikä vuoksi kauppa- ja teollisuusministeriö teetti erillisen selvityksen jatkovalmistelun tueksi. Selvitys osoitti, että sosiaali- ja terveyspalveluissa, joissa ostot aiheuttavat tyypillisesti runsaasti hallintokustannuksia, pienehköjen, alle 20 000 euron hankintojen osuus palveluhankinnoista on vain noin viidennes määrällä ja kymmenesosa arvolla mitattuna. Näiltä osin selvityksen tulokset puolsivat sosiaali- ja terveyspalveluihin sovellettavan kynnysarvon eriyttämistä yleisestä tavara- ja palveluhankintoihin sovellettavasta kynnysarvosta. Ks. Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi, KTM, Julkaisuja 18/2006.

[178] Ks. edellä luku 2.1.

[179] HE 50/2006 vp, s. 67.

nittujen ja hankinnan kokonaisarvo ylittää EU-kynnysarvon. Säännös vastaa siten hankintadirektiivin vastaavaa edellä todettua sääntelyä.[180]

Toissijaisiin palveluhankintoihin sovelletaan hankintalain osan I sisältämiä säännöksiä lain periaatteista ja soveltamisalasta, osan III säännöksiä tarjousmenettelystä EU-kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, liitteen B mukaisissa toissijaisissa palveluhankinnoissa sekä eräissä muissa hankinnoissa, ja osan IV yleisiä säännöksiä hankintapäätösten ja hankintasopimusten tekemisestä, oikeusturvakeinoista sekä erinäisiä muita määräyksiä.

Lisäksi toissijaisiin hankintoihin sovelletaan erikseen seuraavia lain II osaan sisältyviä säännöksiä. Näitä ovat 60 §:n säännös ehdokkaan ja tarjoajan oikeudellisesta muodosta, 61 §:n säännös tarjouskilpailuun osallistumisesta ryhmittymänä, 63 §:n säännös poikkeuksellisen alhaisesta tarjouksesta, ja 64 §:n säännös hankintayksikön antaman tuen huomioimisesta tarjousten vertailussa.

EU-kynnysarvon ylittäviin liitteen B palveluhankintoihin on sovellettava myös mitä jälki-ilmoitusvelvoitteesta 35 §:ssä sekä teknisistä eritelmistä, ympäristöominaisuuksia koskevista teknisistä eritelmistä ja tarjoajan esittämästä näytöstä 44–46 §:ssä säädetään.

Sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja erityisesti koskevat menettelytavat vastaavat pääpiirteiltään EU-kynnysarvot ylittävissä tavarahankinnoissa ja ensisijaisissa palveluhankinnoissa sekä rakennusurakoissa noudatettavia menettelyjä. Toissijaisissa hankinnoissa noudatettavia menettelytapoja koskeviin säännöksiin on pyritty tuomaan mukaan joustavuutta ja väljyyttä, esimerkiksi tarjoajien ja tarjousten valinnassa noudatettavien periaatteiden, määräaikojen sekä hankintailmoitusten julkaisutavan ja sisällön osalta.[181]

Jatkossa mielenkiinto kohdistetaan menettelytapoihin, jotka ovat käytettävissä erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa. Tällaisia ovat 66 §:n tarkoittama neuvottelumenettely ja 67 §:n suorahankinta. Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamista koskevien menettelytapojen tunnistamiseksi käydään lisäksi lyhyesti läpi näihin liittyvät määräykset hankinnasta ilmoittamisesta, tarjouspyynnöstä ja valinnasta.

---

[180] Esimerkkinä edellä todetusta soveltamisperiaatteesta voidaan todeta sairaankuljetusta koskeva ennakkoratkaisu *Tögel* C-76/97. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan sellaiset loukkaantuneiden ja sairaiden henkilöiden kuljetukset, joissa on saattajana sairaanhoitaja, kuuluvat samalla kertaa direktiivin 92/50/ETY liitteessä I A olevaan pääluokkaan 2 että liitteessä I B olevaan pääluokkaan 25, joten tällaisia palveluja koskevaa sopimusta tarkoitetaan direktiivin 10 artiklassa. Asia C-76/97, *Tögel*, k. 37–40.

Direktiivin liitteessä II B sisältyvä pääluokka 25 (terveydenhoito- ja sosiaalipalvelut) koskee yksinomaan lääkinnällisiä lähtökohtia terveydenhuoltopalveluissa. Valittava menettelytapa määräytyy siten sen mukaan, kumman arvo on suurempi. Tämän mukainen oli myös korkeimman hallinto-oikeuden päätös KHO 26.11.2001, taltio 2941.

[181] HE 50/2006 vp, s. 110.

9.2.2 Hankinnasta ilmoittaminen

Ilmoittamisvelvollisuutta koskeva määräys sisältyy hankintalain 68 §:ään, jolloin se koskee myös sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja. Ilmoittamisvelvollisuus koskee hankintaa, joka toteutetaan muulla menettelytavalla kuin suorahankinnalla. Aikaisemmin hankintalaissa ei ollut määräyksiä sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen ilmoittamisesta ja oikeuskäytännössä oli hyväksytty hankinnan merkitykseen nähden riittävä kansallinen ilmoittelu.[182] Oikeuskäytännössä Virallisen lehden Julkiset hankinnat -osassa ilmoittamista on pidetty riittävänä.[183]

Sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen ilmoittamisessa periaatteellisena rajauksena ovat EU-kynnysarvot. Nämä ylittävistä hankinnoista hankintalain 21 §:n 3 momentti edellyttää tehtäväksi vain lain 35 §:ssä säädetyn jälki-ilmoituksen. Mikään ei toisaalta estä sitä, että myös sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa tehdään yhteisön tasoinen ilmoitus, mikäli hankintayksikkö näin haluaa menetellä.

Hankintalain toissijaisten hankintojen ilmoittamista koskevan erityissäännöksen 68 §:n 1 momentin mukaan hankintayksikön on ilmoitettava julkisesti avoimella ja rajoitetulla menettelyllä sekä neuvottelumenettelyllä toteutettavasta sosiaali- ja terveyspalveluhankinnasta kansallisessa laajuudessa. Tarkoituksena on toteuttaa ilmoituksia varten internetpohjainen ilmoituskanava, jossa ilmoittaminen voisi tapahtua yksinkertaisia sähköisiä vakiolomakkeita käyttäen.[184] Ilmoitusvelvoitteesta huolimatta hankintayksiköllä on oikeus lähettää avoimessa menettelyssä tarjouspyyntö ja muissa menettelyissä tieto hankinnasta suoraan soveliaiksi arvioimilleen toimittajille.[185]

Kansallisesti sosiaali- ja terveyspalveluhankinnalle asetetun kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa voidaan soveltaa hankintayksikön omia menettelytapoja. Siltä osin kuin hankintayksikkö kuuluu julkiseen hallintoon, on myös näissä tapauksissa sovellettava yleistä hallinnon *avoimuusperiaatetta*, joka toteuttaa periaatetta kansalaisten tasapuolisesta kohtelusta. Arvoltaan pienissä hankinnoissa

---

[182] Esimerkkinä Etelä-Karjalan sairaanhoitopiirin kuntayhtymää koskeva kilpailuneuvoston päätös Dnro 174/690/2000, 17.9.2001, KHO 24.4.2002, taltio 954.

[183] MAO 143/I/02, 144/I, Dnrot 119/02/JH ja 120/02/JH, 4.11.2002.

[184] Kauppa- ja teollisuusministeriö ylläpitää sähköistä HILMA-ilmoituskanavaa, jossa hankintayksiköt ilmoittavat julkisista hankinnoistaan, ja tämä korvasi aikaisemman JULMA-kanavan. EU-kynnysarvot ylittävät hankinnat siirtyvät järjestelmästä suoraan EY:n viralliseen lehteen ja sähköiseen TED-tietokantaan.

Kanava toteuttaa myös komission suositusta hankintadirektiivien soveltamisalan ulkopuolelle jätettyjen hankintasopimusten julkistamisesta. Ks. Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 5.

[185] HE 50/2006 vp, s. 114. Ilmoitusvelvoitteesta tullaan säätämään asetuksella. Asetusta ei annettu ennen tämän tutkimuksen päättämistä.

on kuitenkin *suhteellisuusperiaate* huomioon ottaen hankintojen ennalta ilmoittaminen käytännössä tarpeetonta, sillä avoimuusvaatimus toimii käytännössä jälkikontrollimahdollisuuden kautta.[186]

Edellä todettu hallintopäätösten avoimuusvaatimus koskee myös suorahankintaa, joka ei sisällä lainkaan ilmoittamisvelvollisuutta. Hankintalain säätämisessä kynnysarvon asettamisen tarkoituksena on ollut jo valmiiksi ottaa huomioon edellä todettujen oikeusperiaatteiden vaatimukset.

Hankinnasta ilmoittaminen toteuttaa yhteisön oikeuteen sisältyvää avoimuusperiaatetta ja hankintalain 2 §:n 1 momentin sisältämää vastaavaa oikeusperiaatetta. Myös kansallisissa hankinnoissa hankintamenettelyn riittävä avoimuus on omiaan varmistamaan sen, että hankintaviranomainen voi varmistua tasapuolisen kohtelun ja siihen liittyvän kansalaisuuteen perustuvan diskriminoimattomuusperiaatteen toteutumisesta.[187] Avoimuusperiaatteen käytännön merkitys jää kuitenkin jäsenvaltion asianomaisen viranomaisen ratkaistavaksi. Viranomaisen tulee arvioida se, onko ennen hankintasopimuksen solmimista avoimuusperiaatteen mukaisesti ilmoitettava hankinnasta myös toisissa jäsenmaissa, jotta myös niihin sijoittautuneilla palvelun tarjoajalla olisi mahdollisuus ilmaista kiinnostuksensa sopimuksen solmimiseen.[188]

Hankintalain 2 §:n 1 momentissa oleva vaatimus siitä, että hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet, koskee yleisesti kaikkia hankintoja, siten myös toissijaisina hankintoina sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja. Ilmoittaminen luo yleiset edellytykselle sille, että lain 1 §:n sisältämät tavoitteet voisivat toteutua. Ilmoitusvelvollisuus liittyy myös kansallisten kilpailu- ja elinkeinopoliittisten tavoitteiden toteuttamiseen, sillä hankinnoista ilmoittaminen mahdollistaa yritysten pääsyn sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinoille.[189] Tämän lisäksi ilmoittaminen liittyy myös tavoitteiseen yhteismarkkinoiden luomisesta. Ilman asianmukaista ilmoitusta hankinnasta ei eri jäsenvaltioiden toimittajilla voi olla todellisia edellytyksiä osallistua kilpailuun.

Hankintadirektiivin vaatimus yhteisön laajuisesta ennalta ilmoittamisesta on nimenomaisesti rajattu siten, ettei se koske toissijaisia hankintoja. Tätä on pidettävä *suhteellisuusperiaatteen* perusteella oikeana rajauksena. Hankintadirektiivi ei kuitenkaan poista sitä mahdollisuutta, että toissijaisiin ja kynnysarvon alittaviin hankintoihin sovellettaisiin perustamissopimusta suoraan. Tämän soveltа-

---

[186] Julkisuuslain piiriin kuuluvista viranomaisista *Kalima*, 2001, s. 295.

[187] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä edellä todettujen oikeusperiaatteiden toisiinsa liittyminen ilmenee ennakkoratkaisusta C-324/98, *Teleaustria*, k. 62.

[188] Asia C-231/03, *Coname*, k. 21.

[189] Tämä ilmenee hallituksen lakia koskevasta esityksestä mm. siten, että yleisperustelujen mukaan hankintoja ja tarjouspyyntöjä koskevan tiedottamisen puutteellisuus on koettu suurimmaksi ongelmaksi myös pienten ja keskisuurten yritysten pääsylle julkisten hankintojen markkinoille. Ks. HE 50/2006 vp, s. 30 ss.

misen kansallinen lainsäätäjä on pyrkinyt ratkaisemaan asettamalla erityiset ilmoittamista koskevat määräykset. Muussa tapauksessa arviointi olisi tehtävä jokaisessa yksittäistapauksessa erikseen. Tässä arvioinnissa huomioon tulisi ottaa sellaiset tekijät kuin hankinnan sisältö, kaupalliset käytännöt, toimialan struktuuri ja palvelujen tuottajan toiminnan sijoittautuminen. Nämä tekijät on komissio maininnut ohjaavassa tiedonannossaan.[190]

Hankintalaissa edellä todettu hankintayksikön kannalta kohtuuton tulkintavaatimus on ratkaistu lainsäätäjän toimesta siten, että toissijaisiin hankintoihin kuuluvien sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen kansalliseksi kynnysarvoksi on vahvistettu 50 000 euroa. Sosiaali- ja terveyspalvelujen muita korkeammat kansalliset kynnysarvot korostavat niiden erityispiirteitä ja kilpailuttamisen vaikeutta. Kysymys on siten myös ilmoittamisen osalta suhteellisuusperiaatteen konkretisoinnista. Mainittua arvoa suuremmat hankinnat tulee joka tapauksessa ilmoittaa internetpohjaista kanavaa käyttäen kansallisessa laajuudessa. Tämä ilmoittamistapa ei sulje pois sitä mahdollisuutta, että myös ulkomaiset potentiaaliset tarjoajat voivat tehdä tarjouksen.

Kansallisen lain soveltamisen kannalta hankintayksikkö voi perustellusti odottaa, että toimiessaan hankintalain ilmoitusvelvollisuutta koskevan määräyksen mukaan se saa oikeutettujen odotusten suojan (*luottamuksensuojan*). Yhteisön oikeuden kannalta arviointi ei ole yksiselitteistä, sillä ulkomaisten palvelujen tarjoajien tulisi voida luottaa siihen, että jäsenvaltioiden viranomaiset toimivat siten, ettei kansalaisuuteen perustuvan diskriminoinnin kielto tule rikotuksi.

Tulkintaongelmat koskevat erityisesti 66 §:ssä erikseen mainittuja, hankinnan arvosta riippumattomia hankintoja. Komission ilmoittamista koskevan tulkitsevan tiedonannon mukaan hankintadirektiivin soveltamisalasta pois jätetyissä hankinnoissa, mm. sosiaali- ja terveyspalveluissa, kansallinen internetpohjainen ilmoittaminen toteuttaa hankinnan riittävää avoimuutta.[191] Internetissä erityisessä portaalissa tapahtuva ennalta ilmoittaminen mahdollistaa todellisuudessa sen, että myös toisiin jäsenmaihin sijoittautuneet tarjoajat voivat halutessaan osoittaa kiinnostuksensa esimerkiksi uusien palvelukonseptien kehittämiseen, vaikka kielellisistä syistä tarjouspyyntöjen seuranta ei ole ongelmatonta. Myös sosiaali- ja terveyspalveluissa noudatettavat tekniset eritelmät, yhteinen luokitus auttavat ymmärtämään tarjouspyynnön sisältöä.

Edellä todetun mukaisesti ei ole kuitenkaan varmaa, että hankintalaissa asetetut kynnysarvot ja niiden mukainen vain kansallinen ennalta ilmoittaminen tul-

---

[190] Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 4.

[191] Ks. Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 6.

taisiin poikkeuksettomasti hyväksymään yhteisön oikeuden mukaisena menettelynä. Erityisesti sanottu koskee arvoltaan suuria sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja, joihin on arvioitavissa olevan kiinnostusta myös toisissa jäsenmaissa.

Yksityinen ei voi luottamuksensuojansa perusteeksi vedota tehokkaasti sinänsä täysin vakiintuneeseen viranomaiskäytäntöön sikäli kuin se on vastoin selvää yhteisöoikeuden sääntöä (esimerkiksi *Krücken* C-316/86).[192] Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen osalta yhteisön säännöt puuttuvat kokonaan, jolloin myös niihin on hankintalain säätämisessä pyritty soveltamaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössään soveltamia periaatteita. Noudattaessaan vilpittömässä mielessä kansallisessa lainsäädännössä hankinnan ilmoittamisesta annettuja määräyksiä, hankintayksikön on katsottava toimineen myös yhteisön oikeuden kannalta asianmukaisesti. Yhteisöjen tuomioistuimen sosiaali- ja terveyspalveluhankinnasta mahdollisesti antamalla tulkinnalla ei voi olla hankintayksikön kannalta takautuvia vaikutuksia.

9.2.3 Tarjouspyyntö sekä tarjoajien ja tarjouksen valinnasta

Tarjouspyyntöä voidaan pitää menettelyn kannalta ratkaisevimpana vaiheena. Tarjouspyynnön ja hankintailmoituksen erotessa sisältönsä puolesta ratkaisee hankintailmoituksen sisältö. Palvelujen sisältö ja määrä tulee määritellä sellaisella tarkkuudella, että tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu tulee tarjouskilpailussa turvatuksi. Toissijaisia palveluhankintoja koskevan tarjouspyynnön tärkein periaate ilmenee lain 69 §:stä. Sen mukaan tarjouspyyntö on laadittava niin selväksi, että sen perusteella voidaan antaa yhteismitallisia ja keskenään vertailukelpoisia tarjouksia.[193] Hankintailmoitukselta tai tarjouspyynnöltä edellytetään arviointiperusteiden muotoilemista siten, että kaikki kohtuullisen tarkkaavaiset ja huolelliset tarjoajat voivat tulkita niitä samalla tavalla.

Hankintaviranomainen määrittelee arviointiperusteet, mutta määrittelyn tulee tapahtua siten, että se varmistaa kaikkien tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun.[194] Tämä periaate tulee sovellettavaksi koko hankintamenettelyyn eli hankintayksikön toimenpiteisiin hankintailmoituksesta toimittajan valintaan.[195]

Tarjouspyyntö ja siihen perustuvat tarjoukset tulee hankintalain 70 §:n mukaan tehdä pääsääntöisesti kirjallisesti. Tarjouspyynnön tulee pyrkiä todellisen kilpailun aikaansaamiseen, eikä sitä saa tehdä vain lain pakottamana, jotta muo-

---

[192] Asia C-316/86, *Krücken* (päätös numeroimaton).
[193] Esimerkiksi kilpailuneuvoston vammaispalvelulain mukaisia kuljetuksia koskeva päätös Dnro 98/690/99, 1.11.1999.
[194] Ks. esimerkiksi kirurgian ostopalveluja koskeva ratkaisu MAO, Dnro 212/03/JH, 9.2.2004 ja yövalvontaa ja palveluasuntoja koskeva ratkaisu MAO, Dnro 6/04/JH, 27.2.2003.
[195] Ks. *Kalima*, 2001, s. 143 ss.

tovaatimuksen täytyttyä voitaisiin tehdä hankinta jo ennalta päätetyn tahon kanssa. Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännön mukaan tarjouspyyntöön ei voida sisällyttää ehtoa, joka estäisi todellisen kilpailun syntymisen ja jo ennalta määräisi toimittajan valinnan.[196]

Espanjaa koskeneesta ennakkoratkaisusta C-328/92 ilmeni, ettei hyödykkeiden toimittamista voitu suojella siten, että vain tietty toimittaja kykeni valmistamaan ja tuottamaan tarjouspyynnön kohteena olleet lääkealan tarvikkeet.[197] Kilpailua rajoittavan ehdon sisällyttämisen kielto ilmeni markkinaoikeuden Kotkan kaupungin mielenterveyskuntoutujien kuntoutumista tukevien palvelujen hankinta-asiassa Dnrot 119/02/JH ja 120/02/JH, 4.11.2002 siten, ettei tarjouksen ehtona voida käyttää vaatimusta, joka estää todellisen kilpailun syntymisen.[198]

Hankintalain 71 §:n 1 momentti edellyttää, että ehdokkaiden ja tarjoajien soveltuvuus on arvioitava objektiivisia ja syrjimättömiä perusteita noudattaen. Tämä soveltamisperuste on vahvistettu säännönmukaisesti aikaisemman hankintalain perusteella myös sosiaali- ja terveyspalveluja koskeneessa kotimaisessa oikeuskäytännössä.[199] Hankintaviranomaisen toiminnan on tarjouksen määrittelyssä oltava tarkoituksenmukaisuusperiaatteen ja objektiviteettiperiaatteen mukaisesti perusteltavissa. Hankintaviranomaisen on kyettävä perustelemaan, että tarjouspyyntöön sisällytetyt ehdot ovat välttämättömiä hankittavalle palvelulle asetettujen tavoitteiden ja vaatimusten kannalta.

Tarjouskilpailusta tulee sulkea toisen momentin mukaan pois sellainen ehdokas tai tarjoaja, jolla ei ole teknisiä, taloudellisia tai muita edellytyksiä hankinnan toteuttamiseksi. Toissijaisissa palveluhankinnoissa voidaan noudattaa lainkohdan mukaan soveltuvin osin myös mitä on säädetty ensisijaisten hankintojen osalta 52–59 §:ssä. Näissä säännöksissä on säädetty mm. edellytyksistä, joilla poissulkeminen voi tapahtua konkurssitilanteessa tai tarjoajan lainvastaisen toiminnan johdosta. Edellytykset voivat puuttua myös sen vuoksi, että tarjoajaa uhkaa sille myönnetyn julkisen tuen takaisinperintä, kuten jäljempänä tässä tutkimuksessa pyritään osoittamaan.

Hankintalain 72 §:n mukaan hankintayksikön on hyväksyttävä tarjouksista se, joka on kokonaistaloudellisesti edullisin tai hinnaltaan halvin. Hinnaltaan halvin tarjous tulee hyväksyä, mikäli tarjouspyyntöasiakirjoissa ei ole ilmoitettu käytettäväksi kokonaistaloudellista edullisuutta.[200] Taloudellinen edullisuus sisältää

---

[196] Ks. asia C-19/00, *SIAC Construction*.
[197] Asia C-328/92, *komissio v. Espanja*, k.17.
[198] MAO 143/I/02 ja 144/I, Dnrot 119/02/JH ja 120/02/JH, 4.11.2002.
[199] Esimerkiksi hammashuollon töitä koskenut päätös MAO 20/03, Dnro 170/02/JH, 30.1.2002 ja kaihileikkauksia koskenut päätös MAO 37/03, Dnro 191/02/JH, 28.2.2003.
[200] Kilpailuneuvoston päätös Dnro 3/690/2000, 27.3.2000.

yhdistelmän hankintayksikön valitsemia tekijöitä sisältäen esimerkiksi hinnan, toimitusajan, muuttuvat kustannukset, kustannustehokkuuden, hankinnan aikaansaaman tuottavuuden, tekniset edut, laadun, esteettiset ja toiminnalliset piirteet, jälkihuollon ja teknisen avun, sitoumukset varaosien ja komponenttien saatavuuteen, ylläpitokustannukset ja toimitusten turvallisuuden. Edellä oleva oikeuskirjallisuuteen perustuva lista ei ole kattava ja sopii huonosti palveluhankintoihin.[201]

Sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa on perusteltua käyttää valintakriteerinä kokonaistaloudellista edullisuutta, mitä on suositeltu myös oikeuskäytännössä.

> Kokonaistaloudellinen edullisuus valintakriteerinä ilmenee mm. kilpailuneuvoston psykiatristen asumispalvelujen hankintaa koskevasta ratkaisusta Dnrot 10/690/99, 18/690/99, 19.4.1999. Hinnan käyttäminen ainoana valintaperusteena psykiatristen asumispalvelujen tuottajaksi ei johda hyvään lopputulokseen, vaan ensisijaisena valintaperusteena on käytettävä kokonaistaloudellista edullisuutta.[202]
>
> Käytettäessä valintaperusteena kokonaistaloudellista edullisuutta hankintayksikön tulee noudattaa ennalta ilmoitettuja valintaperusteita (MAO 37/03, Dnro 191/02/JH, 28.2.2003).[203]
>
> Hankintapäätöstä ei voida perustaa halvimpaan hintaan, jos tarjouspyynnössä on ilmoitettu valintaperusteena olevan kokonaistaloudellinen edullisuus (MAO 25/04, Dnro 212/03/JH, 9.2.2004).[204]

Arvioinnissa käytettävien vertailuperusteiden on liityttävä 72 §:n 1 momentin mukaan hankinnan kohteeseen sekä mahdollistettava tarjousten puolueeton arviointi siten, että hankintaviranomainen voi valita taloudellisesti edullisimman tarjouksen. Hankintayksikkö voi taloudellisesti edullisimman tarjouksen selvittämiseksi arvioida tehtyjä tarjouksia ja tehdä ratkaisun kyseisen hankinnan mukaan määräytyvien laadullisten ja määrällisten kriteereiden perusteella. Hankintapäätöksen tulee perustua kaikkiin ennalta ilmoitettuihin arviointiperusteisiin, ja hankintapäätöksessä tulee perustella se, miten arviointiperusteita on sovellettu.[205]

---

[201] Ks. *Bovis*, 2005, s. 619.

[202] Kilpailuneuvoston psykiatristen asumispalvelujen hankintaa koskevat ratkaisut Dnro 10/690/99, 19.4.1999 ja Dnro 18/690/99, 19.4.1999. Ensiksi mainitussa ratkaisussa kilpailuneuvosto otti kantaa myös siihen, mikä valintaperuste olisi tullut valita. Markkinaoikeuden käytännöstä vastaava vanhusten yövalvontaa koskeva ratkaisu MAO 38/04, Dnro 6/04/JH, 27.2.2003.

[203] Hankintayksikkö menettelee virheellisesti, mikäli se käyttää valinnan perusteena seikkaa, joka ei ole ilmennyt tarjouspyynnöstä. MAO 37/03, Dnro 191/02/JH, 28.2.2003.

[204] MAO 25/04, Dnro 212/03/JH, 9.2.2004.

[205] Sekä yhteisöjen tuomioistuimen että kansallisten tuomioistuinten oikeuskäytäntö on edellyttänyt tätä johdonmukaisesti. Asia C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)*, k. 64 ja asia C-513/99, *Concordia Bus Finland*, k. 59, 60 ja 62. MAO 115/06, Dnro 135/05/JH,

Hankintalain 72 §:n mukaan palveluhankinnoissa, joissa palveluntarjoamisesta tai rakennustyöstä vastaavien henkilöiden asiantuntemuksella tai ammattitaidolla tai pätevyydellä on erityinen merkitys, vertailuperusteena voidaan käyttää myös hankinnan toteuttamisessa tarvittavien tarjoajien kelpoisuuden vähimmäisvaatimukset ylittävää laadunhallintaa, pätevyyttä, kokemusta ja ammattitaitoa. Tällainen huomioiminen olisi mahdollista hallituksen hankintalakia koskevan esityksen (HE 50/2006 vp, s. 116) mukaan tiettyä ammatillista pätevyyttä edellyttävissä suunnittelu-, kehitys-, tutkimus- ja koulutushankinnoissa sekä sosiaali- ja terveydenhuollon hankinnoissa.[206] Uusien yrittäjien mahdollisuutta tarjouksen tekemiseen ei voida kuitenkaan perusteettomasti nostaa.[207] Hankintasääntöjen vastaista on mm. se, että julkisia hankintoja koskevassa tarjouspyyntömenettelyssä hankintaviranomainen ottaa tarjoajan muille asiakkaille tarjoamien tuotteiden referenssien lukumäärän huomioon sopimuksen tekemistä koskevana perusteena sen sijaan, että sitä käytettäisiin perusteena, jonka mukaan varmistetaan tarjoajan soveltuvuus sopimuksen täyttämiseen.[208]

Valinta on hankintalain 71 ja 72 §:n mukaan kaksivaiheinen prosessi, missä ensimmäisessä vaiheessa tulee ratkaista tarjoajan kelpoisuusehdot tarjoajana ja vasta sen jälkeen tulee ratkaista tarjouksen kohteeseen liittyvien tekijöiden perusteella se, mikä tarjouksista on taloudellisesti edullisin.

9.3 ERITYISESTI NEUVOTTELUMENETTELY

Neuvottelumenettelyllä tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 12 kohdan mukaan menettelyä, jossa hankintayksikkö ensin julkaisee hankintailmoituksen ja johon halukkaat toimittajat voivat pyytää saada osallistua. Tämän jälkeen hankintayksikkö neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista valitsemiensa toimittajien kanssa. Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää myös *sosiaali- ja terveyspalveluja* koskevissa hankinnoissa hankintalain 66 §:n edellytysten täyttyessä. Kun neuvottelumenettely valitaan hankintamenettelyksi, koskee myös näitä toissijaisia hankintoja hankintalain 68 §:n erityissäännös ennalta ilmoittamisesta.

8.6.2006. Kilpailuneuvoston päätös Dnrot 1/690/2000, 9/690/2000, 10.4.2000 ja rintasyöpäseulontatarkastuksia koskeva asia Dnro 28/690/99, 31.8.1999. KHO pysytti päätöksen ratkaisussaan KHO 24.4.2002, taltio 954.

[206] HE 50/2006 vp, s. 116.

[207] Leikkaavien kirurgien asiantuntemusta ja kokemusta sekä muutoinkin yksikön hoidon järjestämiseen liittyvää kokemusta kuten myös leikkausten määrää voidaan käyttää kokonaistaloudellisen edullisuuden arviointikriteerinä. Kelpoisuusvaatimuksia ja arviointikriteereitä määritellessään hankintayksikön tulee käyttää asian laadun vaatimaa lääketieteellistä asiantuntemusta. Kilpailuneuvoston Etelä-Karjalan sairaanhoitopiirin kuntayhtymää koskenut kilpailuneuvoston ratkaisu Dnro 174/690/2001, 17.9.2001.

[208] Asia C-315/01, *Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik (GAT)*, k. 59 ja 67.

Hankintalain 2 §:n 1 momentin sisältämät periaatteet koskevat myös toissijaisia hankintoja. Hankintayksikön on käytettävä myös sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa hyväksi olemassa olevia kilpailuolosuhteita, kohdeltava hankintamenettelyn osallistujia tasapuolisesti ja syrjimättä sekä toimittava avoimesti ja suhteellisuuden vaatimukset huomioon ottaen. Edellä todetut oikeusperiaatteet toimivat myös toissijaisia hankintoja koskevien erityissäännösten tulkintaperiaatteina.

Hankintalain 65 §:n 2 momentin mukaan myös toissijaisissa hankinnoissa on käytettävä ensisijaisesti avointa tai rajoitettua menettelyä. Vaikka neuvottelumenettely on sallittu 66 §:ssä yksilöidyissä tapauksissa, korostaa tämä säätämistapa tarvetta perustella neuvottelumenettelyn valinta myös 66 §:ssä luetelluissa tapauksissa. Jo aikaisemman hankintalainsäädännön aikana sellainen neuvottelumenettelyn käyttö, jossa ei julkaistu ennalta tarjouskilpailua koskevaa ilmoitusta, oli poikkeuksellista ja mahdollista ainoastaan tyhjentävästi luetelluissa tapauksissa.

> Yhteisöjen tuomioistuin täsmensi *Italiaa* koskeneessa ennakkoratkaisussaan C-199/85 neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuuden siten, että kyseistä menettelyä koskevia säännöksiä oli tulkittava ankarasti, joten sillä, joka aikoi käyttää tätä menettelyä, oli todistustaakka poikkeuksellisten olosuhteiden olemassaolosta.[209]

EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa neuvottelumenettely on 25 §:n 1 momentin pääsäännön mukaan mahdollista, jos avoimessa menettelyssä, rajoitetussa menettelyssä tai kilpailullisessa neuvottelumenettelyssä on saatu tarjouksia, jotka eivät sisällöltään vastaa tarjouspyyntöä tai tarjouksia ei voida laissa määriteltyjen edellytysten mukaan hyväksyä. EU-kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevan hankintalain 25 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan neuvottelumenettelyä voidaan käyttää *myös*, jos hankintojen luonteen vuoksi tarjouspyynnön laatiminen ennen hankintamenettelyn aloittamista on erityisen vaikeaa tai epätarkoituksenmukaista.[210]

Kilpailuneuvoston aikaisemman hankintalainsäädännön perusteella muodostuneessa ratkaisukäytännössä on hyväksytty neuvottelumenettelyn käyttö myös

---

[209] Asia C-199/85, *Komissio v. Italia*, k. 14. Suppean tulkinnan periaate ja todistustaakan määräytyminen ilmenevät myös asiasta C-26/03, *Stadt Halle*, k. 46.

[210] Hallituksen esityksen mukaan neuvottelumenettelyn käyttö olisi 66 §:n 2 momentissa tarkoitetussa tapauksessa laajempi kuin EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa, joissa se on käytettävissä lähinnä asiantuntija- ja muissa henkisissä palveluissa. Ks. HE 50/2006 vp, s. 111. Tämä toteamus ei itse asiassa pidä aivan paikkaansa, sillä neuvottelumenettely ensiksi mainituissa hankinnoissa on käytettävissä 25 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan myös silloin, kun hankinnan luonne ei mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua tai kun hankintaan liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua.

sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa. Kilpailuneuvosto olisi hyväksynyt *Ortonin* tapauksessa (Drno 174/690/2000, 17.9.2001) neuvottelumenettelyn käytön. Neuvottelumenettelyn valinta oli tuolloin voimassa olleen hankinta-asetuksen 13 §:n mukaan mahdollista, kun hankittavan palvelun luonne tai asiaan liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti salli etukäteen kokonaishinnoittelua tai jos palvelujen luonteen vuoksi, kuten ns. henkisten palvelujen (osaamispalvelut) osalta, sopimuserittelyjä ei voida laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen.[211]

Hankintalain 66 §:n 1 momentin toissijaisia palveluja koskevan pääsäännön mukaan neuvottelumenettely on mahdollista aina tavara- ja palveluhankinnassa, jonka ennakoitu kokonaisarvo on alle 50 000 euroa ja rakennusurakoissa, joiden ennakoitu arvo on alle 500 000 euroa.[212] Hankintalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan neuvottelumenettelyä käyttämällä voitaisiin keventää tarjousmenettelystä aiheutuvaa työmäärää ja kustannuksia hankinnoissa, jotka eivät taloudelliselta merkitykseltään ole huomattavia. Tämän säätämistavan perusteena on siten suhteellisuusperiaatteen mukainen arviointi, jossa tavoiteltavissa olevat taloudelliset ja sisällölliset hyödyt kyseisen suuruisissa hankinnoissa eivät nouse menettelystä aiheutuvia kustannuksia suuremmiksi.[213]

Hankintalain sisältämät edellytykset, joiden täyttyessä hankinta voidaan tehdä neuvottelumenettelyä käyttäen, vastaavat periaatteessa perusteita, jotka sisältyivät jo kumottuun hankinta-asetukseen. Siten hankintalain 66 §:n 2 momentin mukaan hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä tavara- ja palveluhankinnassa sekä rakennusurakan hankinnassa, jonka luonteen vuoksi tarjouspyyntöä ei voida tai sitä ei ole tarkoituksenmukaista laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen (1 kohta). Neuvottelumenettelyä voidaan käyttää myös hankinnassa, jonka luonne tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua (2 kohta). Nämä toissijaisia hankintoja koskevat edellytykset eivät poikkea mitenkään niistä, jotka hankintalaissa on asetettu neuvottelumenettelyn käytölle ensisijaisissa hankinnoissa.

Tämän tutkimuksen kannalta mielenkiinto kohdistuu edellä todetusta yleissäännöstä poikkeaviin neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuuksiin. Neuvottelumenettelyä voidaan 66 §:n 2 momentin mukaan käyttää myös tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankinnassa, joka edellyttää palvelun

---

[211] Ks. kilpailuneuvoston päätös Dnro 174/690/2000, 17.9.2001.

[212] Kilpailuneuvosto piti taantuneiden ja dementoituneiden vanhusten asumispalveluja koskeneessa ratkaisussaan Dnro 14/359/97, 25.6.1998 tällaisena syynä vähäistä asumispalvelujen tarjontaa. On kyseenalaista, olisiko tätä syytä aikaisemmankaan lain perusteella voitu yksin pitää perusteena neuvottelumenettelyn käytölle, mikäli tarjoajia olisi ollut enemmän kuin yksi.

[213] HE 50/2006 vp, s. 110 ss.

tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden erityistä arviointia (3 kohta); valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettävässä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnassa (5 kohta); moniammatillista erityisosaamista edellyttävässä palveluhankinnassa erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon sekä työvoimapalvelujen alalla (6 kohta); ja poikkeuksellisen kiireellisessä hankinnassa, johon hankintayksikkö ei ole voinut kohtuudella varautua (7 kohta).

Lainkohtaan sisältyvän 5 kohdan mukaan kyseisen menettelyn käyttö on mahdollista valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettävissä sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnoissa. Esimerkkeinä 5 kohdan mukaisesta hankinnasta hallituksen esityksessä mainitaan (HE 50/2006 vp, s. 112) veripalvelun välityspalvelu, harvinaisten vammais- tai sairausryhmien palvelut ja hankinnat, joihin liittyy erityislaatuisia kysymyksiä ja joiden harvalukuisuuden vuoksi ne on tarkoituksenmukaista koota erityiseen asiantuntijayksikköön. Kuudennen kohdan tarkoittamina esimerkkeinä mainitaan monivammaisten henkilöiden kuntouttamiseen liittyvät sosiaali- ja terveydenhoidon palveluhankinnat, vaikeisiin sosiaalisiin ongelmiin tarkoitetut sosiaalihuollon palveluhankinnat sekä erityisresursseja edellyttävät erityisen vaativille asiakkaille tarkoitetut palveluhankinnat.[214]

Edellä todettujen lisäksi 66 §:n 2 momentin 7 kohdan mukaan neuvottelumenettely on mahdollista tilanteissa, joissa kyse on poikkeuksellisen kiireellisistä hankinnoista. Kiireen tulisi johtua kuitenkin poikkeuksellisista syistä. Menettelyn käyttötilanteina voisivat olla esimerkiksi laitteen rikkoutumisesta aiheutuva korjaustarve taikka sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen kriisitilanteessa. Tavanomaisten hankintojen järjestämisessä neuvottelumenettelyä olisi pidettävä poikkeuksellisena hankintamenettelynä. Hankintayksikön tulisi kohtuudella varautua todennäköisiin puitejärjestelyihin, jolloin sillä ei ole kiireestä johtuvaa tarvetta neuvottelumenettelyn käyttämiseen.[215]

Hankintalain 65 §:n säännös asettaa avoimen ja rajoitetun menettelyn ensisijaisiksi menettelyiksi myös toissijaisissa hankinnoissa, mutta sallii neuvottelumenettelyn käytön laissa erikseen mainituissa tilanteissa. Eli myös hankintalain soveltamisessa neuvottelumenettely on poikkeus yleisestä kilpailuttamisen periaatteesta. Myös kansallisen oikeuden soveltamisessa on tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella huomattava se, että poikkeuksia tulee tulkita ankaran tulkinnan mukaan ja näyttövelvollisuus poikkeusperusteiden olemassaolosta on ostajalla.[216]

Onko kansallinen lainsäätäjä siten tarkoittanut, että esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalveluissa hankintayksikkö voi, kuten 66 §:n 2 momentti ilmaisee, käyt-

---

[214] HE 50/2006 vp, s. 112.
[215] Ibid.
[216] Ks. *Arrowsmith*, 2005, s. 560.

tää neuvotteluvaihtoehtoa vain silloin, jos se on ensiksi perustellut tämän valinnan? Hankintayksikön tulisi tässä tapauksessa ensiksi selvittää, ettei toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneella palvelun tarjoajalla ole taloudellista intressiä osoittaa kiinnostustaan hankintaa kohtaan. Tämä yllättävältä tuntuva kysymys johtuu yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännöstä (mm. *Teleaustria* C-324/98 ja *Unitron Scandinavia* C-275/98 ja *Coname* C-231/03), joka koskee hankintadirektiivin ulkopuolelle jätettyjä hankintoja. Ennakkoratkaisujen mukaan on mahdollista, että hankintayksikkö rikkoo hankinnassa noudatettavaa riittävän avoimuuden velvollisuutta, vaikka sosiaali- ja terveyspalvelut on tietoisesti jätetty hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Mikäli ilmoitus hankinnasta tehtäisiin yhteisön laajuisesti, ei yhteisön oikeuteen sisältyvää avoimuusperiaatetta rikottaisi.

Lainsäätäjän tarkoituksena on selvästikin ollut antaa hankintalain 66 §:ssä yleinen oikeusohje siitä, millaisissa erityistilanteissa neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista. Luetelmakohdan 3 ja 5–6 kohdissa käyttömahdollisuus on yksilöity. Mainitun pykälän luetelmakohdat on kirjoitettu kaikki toisiinsa nähden samanarvoisina. Yhteisenä tekijänä hallituksen esityksestä voidaan nähdä se, että hankintayksikön saavutettavissa oleva taloudellinen hyöty olisi menettelyn kustannuksiin nähden vähäinen, taikka että hankinnan luonteen vuoksi tarjouspyynnön laatiminen ennen hankintamenettelyn aloittamista on erityisen vaikeaa tai epätarkoituksenmukaista (HE 50/2006 vp, s. 111 ss.)[217].

Hankintalain tarkoitusta siitä, mikä olisi toissijaisia hankintoja koskeva oikea hankinnan menettelytapa, on vaikea löytää, eikä se avaudu myöskään lain valmisteluasiakirjoista. Hankintalaki on säädetty siten, että ensisijaisesti ”tulee käyttää avointa menettelyä” ja ”hankintayksikkö voi käyttää neuvottelumenettelyä” erikseen mainituissa tapauksissa. Näin vastuu oikean menettelytavan valinnasta konkreettisessa tilanteessa on sälytetty hankintayksikölle, jonka tulee tapaukseen liittyvät tekijät huomioon ottaen ratkaista, edellyttääkö sen hankintaaie ilmoittelua myös toisissa jäsenmaissa. Hankintayksiköllä on tähän aina mahdollisuus ja erityisesti siihen saattaa olla perusteet silloin, kun on tiedossa esimerkiksi naapurimaassa tai -maissa olevia potentiaalisia tarjoajia. Suhteellisuusperiaatteen on katsottava oikeuttavan myös kohdentamiseen, kunhan tätä kautta ei tapahdu tietoista diskriminointia.

Yleisten laintulkintaperiaatteiden soveltaminen aiheuttaa hankintalain 66 §:n tulkinnassa myös ongelmia. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskien lakiin on sisällytetty jo 1 momentin 1 ja 2 kohdassa olevien varsin avoimesti määriteltyjen, neuvottelumenettelyn käytölle asetettujen ehtojen lisäksi erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevat poikkeussäännöt. Tällaiset erityistilanteet si-

[217] HE 50/2006 vp, s. 111 ss.

sältyvät 5 ja 6 kohtaan. Huomioon otetaan näissä sekä hankintaviranomaisen että tarjoajan näkökulma. Nyt hankintalain 66 §:n säännös tulee kilpailuoikeudessa omaksutun ankaran tulkintaperiaatteen mukaan lukea siten, että vain edellä mainitut erityistilanteet koskevat sosiaali- ja terveyspalveluja. Muissa kuin näissä erikseen sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevissa tilanteissa neuvottelumenettelyn käyttö ei olisi sallittu.

Lainkohdan kirjoittamistapa on omiaan aiheuttamaan ongelmia tulevassa soveltamiskäytännössä. Tämä on todennäköistä myös siksi, ettei lakia säädettäessä ole ollut ennakoitavissa niitä käyttötilanteita, joissa neuvottelumenettelyn käyttötarve hankinnan erityisluonteesta johtuen olisi perusteltua. Tämän vuoksi olisikin ollut riittävää, että sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen osalta 66 §:ään olisi sisällytetty selvennyksen vuoksi vain 1 momentin 1 ja 2 kohdat taikka tyydytty vain viittaamaan vastaaviin ensisijaisia hankintoja koskeviin säännöksiin. Tämän lisäksi olisi voitu selventää lain tarkoitusta hallituksen esityksessä.

Paradoksaalista onkin, että tällä yksityiskohtaisella säätämistavalla on pyritty ilmeisesti turvaamaan sosiaali- ja terveyspalvelujen erityiskohtelua. Lainkohdan yksityiskohtaisissa perusteluissa (ks. HE 50/2006 vp, s. 111) on sosiaali- ja terveyspalveluihin tarkoitettu sovellettavaksi myös 1 kohta, mutta tämä ei riitä poistamaan lain tarkoituksen ilmeistä tulkintavaikeutta. Lain perustelujen mukaan 66 §:n 2 momentin 1 kohdan säännöksen mukaisia käyttökohteita olisivat esimerkiksi erityisryhmien palveluasumiseen liittyvät palvelut sekä palveluhankinnat, joissa palvelujärjestelmä on vasta kehittymässä, eikä palvelua tämän vuoksi voida etukäteen määritellä tarkoituksenmukaisella tavalla.

9.4 ERITYISESTI SUORAHANKINTA

Suorahankinnalla tarkoitetaan hankintalain 5 §:n 1 momentin 13 kohdan mukaan hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai useamman toimittajan, jonka kanssa se neuvottelee sopimuksen ehdoista.[218] Uudessa laissa ei ole ollut enää tarpeen säätää suorahankinnan käyttömahdollisuudesta hankinnan vähäisen arvon vuoksi, koska hankintalaki sisältää nyt hankinnan arvoon sidotun rajauksen.

Hankintayksikkö voi hankintalain 67 §:n mukaan tehdä suorahankinnan lain 27 ja 28 §:ssä säädetyin edellytyksin myös toissijaisissa hankinnoissa. Lain

---

[218] Aikaisemman hankintalain 5 §:n 2 momentin mukaan hankinta voitiin tehdä ilman tarjouskilpailua vain erityisistä syistä, jollaisena voitiin pitää hankinnan vähäistä arvoa taikka kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevassa asetuksessa olevia suoran neuvottelumenettelyn käyttöön oikeuttavia syitä. Markkinaoikeuden viimeaikaisessa käytännössä palvelusopimusten vähäisyysraja on ollut 6 000–10 000 euroa. Ks. HE 50/2006 vp, s. 15.

28 §:n suorahankinnan ehtoja ei tässä tarkastella, koska mm. pykälän sisältämän lisätilauksen edellytysten selvittäminen ei ole tämän tutkimuksen kannalta tarpeellista. Tutkimuksessa tarkastellaan hankintalain toimivuutta sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa periaatteellisista näkökohdista, jolloin lain jäljempänä todetut 27 §:n kohdat ja 67 § ovat tässä tutkimuksessa kiintoisia. Hankintalain 27 §:n mukaan suorahankinta voidaan tehdä mm. silloin, jos

1) avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia;
– – –
3) sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi.

Hankintalain 67 §:n mukaan suorahankintaa voidaan käyttää lisäksi yksittäisissä tapauksissa sosiaali-, terveys- ja koulutuspalvelujen hankinnassa, jos

tarjouskilpailun järjestäminen ja palveluntarjoajan vaihtaminen olisi asiakkaan hoito- tai asiakassuhteen kannalta tai muun vastaavan syyn vuoksi ilmeisen kohtuutonta tai erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiseksi.

Hankintalain 67 §:ssä ilmaistu suorahankinnan mahdollisuus muodostaa siten 27 §:ssä todettujen poikkeusten lisäksi erityispoikkeuksen.

Hankintalain 67 §:n ilmaisemien suorahankinnan käyttöedellytysten voidaan katsoa olevan jännitteisessä suhteessa hankintalain 1 §:n tavoitteisiin ja 2 §:n ilmaisemiin periaatteisiin nähden. Jännitteet syntyvät siitä, että myös suorahankintaa koskevat lain ilmaisemat tavoitteet julkisten varojen säästöstä, laadukkaiden hankintojen tekemisen edistämisestä sekä yrityksen ja muiden yhteisöjen tasapuolisen mahdollisuuden turvaamisesta tarjota lainkohdassa mainittuja hyödykkeitä. Suorahankintaan sovelletaan periaatteessa hankintalain 2 §:n 1 momentista ilmeneviä periaatteita, joita ovat olemassa olevien kilpailuolosuhteiden hyväksi käyttäminen ja hankintamenettelyyn osallistujien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu.[219]

Lainkohdan sisältämän avoimuusperiaatteen tarkoituksena on auttaa yrityksiä ja muita yhteisöjä saamaan tietoa julkisyhteisöjen hankinnoista, ja toisaalta auttaa hankintaviranomaisia varmistamaan, etteivät ne syyllistyisi tasapuolisen ja

[219] Olemassa olevien kilpailuolosuhteiden hyväksikäyttämistä ei voida pitää oikeusperiaatteena samalla tavoin kuin muita hankintalain 2 §:n 1 kohdassa mainittuja periaatteita. Kilpailu ja sen aste ovat pikemminkin markkinoiden dynamiikkaa. Ks. jäljempänä osa IV, luku 4.6.1.

syrjimättömän kohtelun vaatimuksen rikkomiseen.[220] Suorahankinnassa ei toteudu myöskään lain sisältämä avoimuusperiaate.

Yhtäkään hankintalain 2 §:n periaatteista ei voida katsoa rikotun, mikäli suorahankinta tehdään sen jälkeen, kun havaitaan, että avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia. Hankintayksikön ei tarvitse erikseen näyttää toteen suorahankinnan edellytysten olemassaoloa, koska hankinnasta ilmoittaminen ja tarjouksien saamatta jääminen toimivat tästä näyttönä. Näyttövelvollisuus on hankintayksiköllä.[221]

Muussa tapauksessa näyttövelvollisuus siitä, että suorahankinnan edellytykset ovat olleet olemassa, on sillä, joka vetoaa niiden olemassaoloon. Näyttövelvollisuus on siis hankintayksiköllä. Myöskään suorahankinnan käytön edellytyksiä ei saa tulkita laajentavasti. Tämä tulkintaperiaate ja näyttövelvollisuuden määräytyminen ovat samat kuin mitä niiden todettiin olevan edellä neuvottelumenettelyssä. Esimerkiksi äärimmäisen kiireen käyttäminen perusteluna suorahankinnalle tarkoittaa sitä, että hankintayksikön on osoitettava kilpailun järjestämisen aiheuttavan hankinnalle kohtuutonta viivytystä ja lisäkustannuksia, eikä nopeutettu menettely ole riittävä keino asian hoitamiseksi. Tuomioistuimet joutuvat ratkaisuissaan harkitsemaan sopimukseen liittyvän edun luonteen ja laajuuden.

Suorahankinnan perusteeksi ei oikeuskäytännössä ole hyväksytty esimerkiksi sitä, että vasta rahoituspäätöksen lainvoimaiseksi tulon jälkeen olisi ollut mahdollista käynnistää kilpailutus, eikä tämä kohteena olleiden leikkauspalvelujen kiireellisyyden vuoksi ollut mahdollista.[222]

Hankintalain 67 § liittyy välittömästi palveluihin liittyvien sosiaalisten perusoikeuksien toteutumiseen. Lainkohta korostaa *kohtuuttomuudella* sosiaali- ja terveyspalvelua koskevana erityissääntönä yksilön edun huomioon ottamista ja hänen yksilöllisen arvonsa riittävää kunnioitusta. Hankintalaissa asetettu tavoite nostaa asiakkaan yksilölliseen kunnioittamiseen liittyvät tekijät hankintalain 1 §:n 2 momentissa todettujen tavoitteiden edelle.

Hankintalain 67 § rajaa suorahankinnan käyttömahdollisuuden vain yksittäisiin tapauksiin. Suorahankinta on perusteltu hankintatapa vain yksilöllisissä ja erityisen poikkeuksellisissa tilanteissa. Käyttöedellytysten voidaan katsoa täyttyvän myös arvoltaan suurissa hankinnoissa, jos suorahankinta on ollut välttämätön sellaisen äärimmäisen kiireen johdosta, johon hankintayksiköllä ei ole ollut mahdollista varautua. Tällainen on esimerkiksi äkillinen laaja katastrofitilanne, joissa hankinnan toteuttaminen ihmishenkien pelastamiseksi ja heidän turvallisuutensa takaamiseksi on välttämätöntä. Tällaisessa soveltamistilanteessa

---

[220] Esimerkiksi ennakkoratkaisu C-324/98, *Teleaustria*.
[221] *Kalima*, 2001, s. 114.
[222] KHO 24.4.2002, taltio 954.

voi kyse olla myös suuren joukon tarvitsemista kiireellisistä hankinnoista. Peruste tälle on hankintalain kaikkia hankintoja koskevassa 27 §:n 1 momentin 3 kohdassa.

Myös poikkeuksellisissa sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintatilanteissa on ensisijaisesti käytettävä hankintalaissa määriteltyjä hankintamenettelyjä, ja niiden toteuttamisessa varmistettava asiakkaan yksilölliseen suojaan liittyvät oikeudet, joista on säädetty kyseisiä palveluja koskevassa lainsäädännössä. *Suhteellisuusperiaate* edellyttää, että on valittava vähiten hankintalaissa asetettujen tavoitteiden toteutumista rajoittavat toimenpiteet. Eräs mahdollisuus on toimitusehdot kattavasti sisältävien puitesopimusten solmiminen, joiden puitteissa toteutetaan yksilölliset sopimukset ilman uutta kilpailuttamista.

Voitaisiin perustella esimerkiksi, että hankintalain 7 §:n salassapitosäännöksen johdosta koko lain soveltamisen ulkopuolelle tulee jättää hankinta, jonka kilpailuttaminen vaarantaisi lastensuojelulain (683/1983) 25 §:n 2 mukaisen lapsen olinpaikkaa koskevan tiedon salassapidon. Tällainen voisi olla edellä todetun lain sisällön johdosta mahdollista vain yksittäistapauksessa, jossa viranomainen kykenee osoittamaan välttämättömän suojaamisen tarpeen olemassaolon. Kilpailutus on useimmissa tapauksissa kuitenkin suoritettavissa siten, ettei lapsen sijoituspaikka tule julki.

Euroopan yhteisöjen komissio hyväksyi 4.5.2006 ehdotuksen uudeksi direktiiviksi hankintojen muutoksenhakumenettelyn tehostamiseksi ja parantamiseksi.[223] Ehdotus perustuu suurelta osin siihen, että monissa jäsenvaltioissa on yhä voimassa järjestelmiä, joiden avulla riitautettujen hankintasopimusten allekirjoittamista ei voida ajoissa estää, vaan ne hankintapäätöksiin sisältyvistä virheistä ja lainvastaisuuksista huolimatta tulevat voimaan. Direktiivissä ehdotetaan kymmenen päivän karenssiaikaa kynnysarvon ylittäville suorahankinnoille, jotka tehdään niitä lainkaan kilpailuttamatta. Lukuun ottamatta äärimmäisen kiireellisiä hankintoja, hankintayksikön olisi lykättävä sopimuksen tekemistä myös suorahankinnoissa. Tällöin kymmenen päivän karenssiaika laskettaisiin siitä, kun suorahankintaa koskeva päätös on julkistettu ns. yksinkertaistetulla menettelyllä riittävän julkisesti, mikä jo sinänsä on määreenä tulkinnanvarainen. Mikäli tämä pätemättömyysvaikutus ulotetaan koskemaan kansallisesti myös suorahankintana tehtäviä sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja, saattaa se aiheuttaa hankintayksikön palvelutuotannon häiriöttömän ylläpidon kannalta ongelmia hankinnan viivästyessä jopa vuosia.[224]

---

[223] Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi, neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi (komission esittämä) [SEK(2006)557], KOM(2006) 195 lopullinen.

[224] Ks. *Kalima*, 2006.

III
JULKISEN VALLAN VASTUU SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUISTA

1 Johdanto

Sosiaalipolitiikan määritelmissä lähdetään yleensä sosiaalipolitiikan tavoitteista. Tästä lähtökohdasta käsin sosiaalipolitiikkaan on tapana lukea julkisen vallan pyrkimykset ja toimenpiteet, jotka tähtäävät mm. perheiden ja yksilöiden palveluiden saatavuuden varmistamiseen.[1] Sosiaalioikeus on samankaltaisessa välineellisessä suhteessa sosiaalipolitiikkaan kuten muukin oikeus sääntelyn kohteeseensa nähden: sen yhtenä tehtävänä on toteuttaa poliittisessa päätöksenteossa annettuja tavoitteita ja ohjelmia. Sosiaalioikeutta ei kuitenkaan tule ymmärtää pelkästään sosiaalipolitiikan toteuttamisen välineeksi, sillä sosiaalioikeus asettaa myös rajoituksia sosiaalipolitiikalle sekä sitä määrittelevälle ja toteuttavalle päätöksenteolle. Nämä rajoitukset perustuvat ennen kaikkea yksityisten ihmisten oikeusasemaan ja oikeusturvaan. Sosiaalioikeuden avulla säännellään myös viranomaisia ja muita toimintayksiköitä, jotka huolehtivat sosiaalipoliittisten ohjelmien täytäntöönpanosta ja sosiaalipolitiikan kehittämisestä. Lisäksi sillä säännellään terveydenhuollon tehtävissä toimivaa ammattihenkilöstöä.[2]

Karin ja *Pakaslahden* kirja EU-Suomen sosiaaliturvajärjestelmä kuvaa Euroopan yhteisön sosiaalipolitiikkaa siten, että se tarkoittaa lähinnä toimintaa, jolla yhteisö pyrkii vaikuttamaan jäsenmaiden sosiaaliturvajärjestelmiin ja sosiaalipolitiikkoihin.[3] Euroopan yhteisössä sosiaalipolitiikka ymmärretään hieman eri tavalla kuin Suomessa. EU:n käsitteistössä sosiaalipolitiikka kattaa myös työelämän sääntelyn ja työoikeuden alueet, miesten ja naisten tasa-arvon työelämässä, syrjinnän vastaiset toimenpiteet sekä usein lisäksi Euroopan sosiaalirahaston (ESR) toiminnan.[4] Monissa yhteisön maissa terveyspalvelut perustuvat terveys- tai sairausvakuutuksiin. Sosiaalipalvelut – lähinnä päivähoito- ja vanhuspalvelut – on useissa muissa jäsenmaissa organisoitu yksityisten palvelutuottajien toimesta. Myös erilaiset kolmannen sektorin organisaatiot (kirkko ja yhdistykset)

---

1 *Saari*, 2003, s. 299.

2 Ks. *Tuori*, 2004, s. 7 ja 9.

3 Nieminen on tutkimuksessaan käyttänyt tekstissä esitettyä yksityiskohtaisempaa luokittelua, *Nieminen,* 1998, s. 147–168. Karin näkökulma on yhteiskuntapoliittinen, ei niinkään juridinen. *Kari*, 31.8.2004.

4 *Kari – Saari*, 2005, s. 21. Ks. myös Sopimus sosiaalipolitiikasta muiden Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden kuin Ison-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistyneen kuningaskunnan kesken – 1 artikla: Yhteisön ja jäsenvaltioiden tavoitteena on työllisyyden edistäminen, elin- ja työolosuhteiden parantaminen, riittävä sosiaalinen suojelu, työmarkkinaosapuolten välinen vuoropuhelu, inhimillisten voimavarojen kehittäminen tarkoituksena saavuttaa korkea ja kestävä työllisyystaso ja työmarkkinoilta syrjäytymisen torjuminen. EYVL, C 191, 29.7.1992 s. 91.

ovat tärkeitä palvelujen tuottajia.[5] Kiintoisaa on havaita, että monessa Keski-Euroopan mallia edustavassa maassa on kolmannella sektorilla eli kirkolla, hyväntekeväisyysjärjestöillä ja kansalaisjärjestöillä sosiaalipalveluissa paljon tehtäviä.[6]

Esping-Andersen on tyypittänyt hyvinvointijärjestelmiä yksilöiden ja markkinoiden välisen suhteen kannalta. Mallien jäsentämisessä markkinoiden vaikutus ja yhteiskuntaryhmien suhteet ovat keskeisiä. Yksilöt (työntekijät) kohtaavat markkinat myymällä – jos onnistuvat – hyödykettään, josta markkinat eli työnantajat ovat kiinnostuneita. Yksilöiden riippuvuutta markkinoista lisää se, että he hankkivat markkinoilta hyödykkeitä, kuten elintarvikkeita ja tuotteita. Markkinat tuottavat myös sosiaaliturvaa, kuten yksityisiä eläkkeitä ja palveluja, joita yksilöt voivat hankkia korvausta vastaan. Toisaalta ihmisten elämässä on erilaisia sosiaalisia riskejä, kuten sairautta ja työttömyyttä, joiden vaikutuksilta sosiaaliturvajärjestelmät pyrkivät suojaamaan.[7]

Sosiaalinen turva rakentuu eri malleissa markkinapohjaisista, kollektiivisista tai julkisista järjestelmistä. Riippuvuus markkinoista – tarve myydä työvoimaansa sekä hankkia hyödykkeitä ja turvaa riskin toteutuessa – lisää yksilön haavoittuvuutta. *Esping-Andersenin* mallinnuksen lähtökohdan mukaan mitä laajemman riippumattomuuden markkinoista kansallinen sosiaaliturva tarjoaa, sitä suurempi on järjestelmän yksilön vapautta lisäävä vaikutus, jota hän kutsuu *dekommodifikaatioksi*.[8]

Johdantona suomalaisen sosiaalipalveluja koskevan lainsäädännön tarkastelulle kuvataan seuraavassa eri mallien, liberaalin ja sosiaalidemokraattisen hyvinvointijärjestelmän olennaisimmat piirteet.[9] *Liberaalissa* hyvinvointijärjestelmässä julkinen sektori eli valtio toimii viimesijaisena, marginaalisen turvan antajana markkinoiden muodostaessa ensisijaisen perustan yksilöiden hyvinvoinnille. Sosiaalinen turva on siinä mielessä residuaalinen ja marginaalinen, että se on rajoitettu koskemaan tyypillisesti vain ”pahoja riskejä”, jotka johtuvat markkinoiden puutteista. Liberalistinen malli on residuaalinen myös sikäli, että se rajaa sosiaalisen riskin käsitteen suppeaksi. Käsite on esimerkiksi USA:ssa äärimmäisen viimesijainen kansallisen terveydenhuollon, sairaus- ja äitiysetuuk-

---

5 Ks. *Narikka*, 2001, s. 88. Järjestöjen osuutta korostaa myös Matti Vanhasen ensimmäisen hallituksen ohjelma.

6 *Esping-Andersen*, 1998, s. 33 ja *Kari – Pakaslahti*, 2003, s. 22–26.

7 *Kari – Pakaslahti*, 2003, s. 19.

8 *Esping-Andersen*, 1998, s. 43–45.

9 Hyvinvointijärjestelmässä tarkastellaan, miten hyvinvoinnin tuottaminen on jaettu valtion, markkinoiden ja kotitalouksien kesken. *Esping-Andersen*, 1998, s. 73 ja s. 146 ss. Esping-Andersenin tyypittely sisältää myös vanhoillisen hyvinvointijärjestelmän (*The Conservative Welfare*). Tämän tutkimuksessa kannalta liberaalisen ja sosiaalidemokraattisen järjestelmän tunnistaminen on kuitenkin riittävää, jotta markkinaperusteisesti ja ”jakoperusteisesti” järjestetyn sosiaaliturvan perustavaa laatua olevat ideaerot on havaittavissa.

sien, lapsilisien ja perhe-etuuksien puuttumisen vuoksi. Liberalismille on luonteenomaista myös se, että tarkoituksena on kannustaa markkinoita.[10]

Sosiaalidemokraattisen järjestelmän piirteitä on vahvimmin paikallistettavissa Pohjoismaissa. Laaja julkinen sosiaali- ja terveyspalvelusektori on suomalainen ja pohjoismainen ilmiö. Sosiaaliturvan laajojen lakisääteisten tulonsiirtojen lisäksi julkisilla palveluilla on tärkeä osuus. Malli tarjoaa yksilölliseen oikeuteen perustuvia laajoja, universaaleja, asumisperusteisia oikeuksia ja palveluita, jotka vastaavat yhteiskunnan keskikerrosten, työväenluokan ja maaseutuväestön etuja. Valtio pyrkii uudelleenjakavaan politiikkaan. Julkisen sosiaalipolitiikan tavoitteena on kaikkien hyvinvoinnin turvaaminen, ei vain huono-osaisten. Julkinen sektori on vastuussa suurimmasta osasta hyvinvointipalveluita. Järjestelmän tavoitteena on minimoida tai poistaa täysin riippuvuus markkinoista.[11]

Myös perinteinen suomalainen sosiaaliturvamalli perustuu pohjoismaiseen malliin, vaikka eräät tutkijat ovat alkaneet kyseenalaistaa Suomen kuulumista tähän ryhmään kriisivuosien rajujen leikkausten johdosta.[12] Suomalaisen sosiaaliturvan primaarisena tavoitteena on joka tapauksessa vahvistaa hyvinvointia ja tasa-arvoa ja siten luoda jokaiselle mahdollisuus elää ihmisarvoista ja turvallista elämää sekä kehittää omia kykyjään ja valmiuksiaan elämän eri vaiheissa. Sosiaaliturva tuo osaltaan perustaa oikeudenmukaisuudelle. SOMERA-toimikunnan raportin mukaan sosiaaliturvan katsotaan yhä enemmän edistävän hyvinvointia tukemalla yhteiskunnan ja talouden tasapainoista kehitystä. Sosiaaliturva vapauttaa yhteiskunnan kehitystä, auttaa sopeutumaan toimintaympäristön muutoksiin, vahvistaa sosiaalista yhteenkuuluvuutta ja tukee sitä kautta yhteiskunnan tuottavuutta ja tuotantokykyä. Sosiaaliturva ymmärretään yhä selvemmin investointina työvoimaan, mitä voidaan pitää yhtä tärkeänä kuin investoimista muihin tuotannontekijöihin. Talouskasvu ja sosiaaliturva yhdessä voivat tukea hyvinvoinnin lisäämistä.[13]

Euroopan yhteisöjen perustamista koskevissa keskusteluissa 1950-luvulla oli suunnitelmana, että kuuden perustajajäsenmaan sosiaaliturvajärjestelmät olisi yhdenmukaistettu keskenään. Harmonisointi jäi kuitenkin toteutumatta. Sen sijaan päädyttiin liikkuvan työvoiman sosiaaliturvan koordinointiin.[14] Tätä tutkimusta kirjoitettaessa ei ole edelleenkään olemassa uusia päätöksiä Euroopan yhteisön sosiaalipolitiikan linjauksista. Päätösprosessi Euroopan uudesta perus-

---

[10] Ks. *Esping-Andersen*, 1998, s. 74–77.
[11] Ks. *Esping-Andersen*, 1998, s. 78–81. Pohjosmaisen (l. sosiaalidemokraattisen) sosiaaliturvamallin piirteistä myös *Arajärvi*, 2002, s. 20–36. *Kari – Pakaslahti*, 2003, s. 17–18 ja *Saari*, 2003, s. 78–79.
[12] *Kari – Pakaslahti*, 2003, s. 20.
[13] Ks. SOMERA-toimikunnan taustaraportti, s. 57 ss.
[14] Ks. kehityksestä tarkemmin *Kari – Saari*, 2005, s. 18 ss.

tuslaillisesta sopimuksesta on kesken. Sen ei ole arvioitu tuovan merkittäviä muutoksia toimivallanjakoon yhteisön ja jäsenmaiden välillä.[15]

Komissio julkaisi 12.5.2004 yleishyödyllisiä palveluja koskevan valkoisen kirjan, jonka käsittely tullee kestämään vielä vuosia. Valkoisen kirjan ehdotusten perusteella pyrittäneen selkeyttämään mm. se, mitä ovat yleensä yleishyödylliset tai yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut ja niiden yhteydessä esiintyvä julkisen palvelun velvoitteen rahoitus.[16] Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin palveluista sisämarkkinoilla yhtenä tavoitteena on palvelujen liikkuvuuden edistäminen. Alkuperäinen direktiiviehdotus koski palveluja yleisesti eikä tehnyt poikkeusta myöskään sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta ns. alkuperämaaperiaatteesta.[17] Direktiivin alkuperäisen tavoitteen toteuttamisen vaikeutta kuvastaa se, että eduskunnan suuri valiokunta on palveludirektiivistä antamassaan lausunnossa vastustanut sitä, että direktiivillä puututtaisiin Suomen kansalliseen tapaan järjestää ja rahoittaa sosiaalipalvelut.[18]

Tämän tutkimuksen lähtökohtaolettamuksena on, että kunnat hankkivat sosiaali- ja terveysjärjestöiltä vain sellaisia palveluja, joiden järjestämiseen niillä on lakiin perustuva velvollisuus. Viranomaisyksiköiden vastuun ohella tässä osassa pyritään selvittämään myös se, millainen asema sosiaalilainsäädännössä on varattu järjestöille. Sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen oikeudellisen arvioinnin kannalta on tarpeellista tarkastella myös sitä, millä tavoin hankintalain tavoitteet, mm. tavoite varojen käytön tehokkuudesta, ovat yhdensuuntaisia muussa lainsäädännössä palvelujen järjestämisestä annettujen tavoitteiden kanssa. Sosiaalilainsäädännön tarkastelulla on tarkoitus myös laajemmin arvioida sitä, miten asiakkaan tai potilaan asema on turvattu, mikäli palvelun järjestäminen tapahtuu muun kuin viranomaisyksikön itsensä toimesta eli ostopalveluna.

---

15 *Kari – Saari*, 2005, s. 45 ja 49.

16 Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista KOM(2004) 374 lopullinen.

17 Alkuperämaaperiaate tarkoittaa, että palvelutarjontaan sovelletaan ainoastaan palvelujentarjoajan sijoittautumismaan lainsäädäntöä, eivätkä jäsenvaltiot saa rajoittaa toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen palvelujentarjoajan toimittamia palveluja. Periaatteen mukaisesti palvelujentarjoaja voi siis toimittaa palvelujaan yhdessä tai useammassa muussa jäsenvaltiossa, eikä tuottajaan sovelleta kyseisten maiden lainsäädäntöä. Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi palveluista sisämarkkinoilla, KOM(2004) 2 lopullinen, s. 9. Lopullisesta palveludirektiivistä periaate jäi kuitenkin pois.

18 SuVL 2/2004 vp, s. 15.

2 Sosiaali- ja terveyspalvelut perusoikeutena

2.1 SOSIAALISET PERUSOIKEUDET SUOMEN PERUSTUSLAISSA

Vuonna 1995 voimaan tulleen perusoikeusuudistuksen lähtökohtana oli hallitusmuodon täydentäminen keskeisillä taloudellisilla ja sosiaalisilla oikeuksilla. Uudistuksessa hallitusmuodon II lukuun sisällytettiin säännökset myös ns. TSS-oikeuksista eli taloudellisista, sosiaalisista ja sivistyksellisistä oikeuksista.[19] Perusoikeusuudistuksen tärkeimpänä tavoitteena oli yksilön oikeuksien perustuslaintasoisen turvan laajentaminen ja vahvistaminen. Säännöksillä pyrittiin parantamaan yksilön oikeusturvaa niin perinteisten vapausoikeuksien kuin taloudellisten, sosiaalisten ja sivistyksellisten oikeuksien alueella. Uudistuksen tarkoituksena oli lisätä tosiasiallista tasa-arvoa yhteiskunnassa.[20] Hallitusmuotoon sisällytetyt säännökset siirrettiin sellaisenaan maaliskuun 2000 alusta voimaan tulleeseen uuteen perustuslakiin.[21]

Sosiaalisia perusoikeuksia koskevat säännökset sisältyvät perustuslain 19 §:ään. Siinä on erotettavissa

1) oikeus välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon (1 momentti)
2) perustoimeentulon turva työttömyyden, sairauden, työkyvyttömyyden ja vanhuuden aikana sekä lapsen syntymän ja huoltajan menetyksen perusteella (2 momentti)
3) jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut (3 momentti)
4) väestön terveyden edistäminen (3 momentti)
5) perheen ja muiden lapsen huolenpidosta vastaavien mahdollisuus turvata lapsen hyvinvointi ja yksilöllisen kasvu (3 momentti)
6) asumisen edistäminen (4 momentti).

Perustuslaki ei edellytä kaikkien sosiaalisten perusoikeuksien turvaamista subjektiivisina oikeuksina. Subjektiivisen oikeuden sisältöä täsmennetään vielä erikseen jäljempänä (luvussa 2.3). Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluissa jää tilaa kuntien erityisolojen huomioon ottamiselle ja sisäiselle demokraattiselle päätöksenteolle. *Subjektiivisiin oikeuksiin kuuluvat* 1) standardoidut toimeentuloturvan etuudet, 2) tulosidonnaiset toimeentuloturvan etuudet ja 3) sosiaalihuol-

---

[19] HE 309/1993 vp, s. 18–19.
[20] Ks. HE 309/1993 vp, s. 8–9 ja 18.
[21] Ks. *Tuori*, 2004, s. 196 ss.

lon tarveperusteiset etuudet. *Muihin kuin subjektiivisiin oikeuksiin kuuluvat* 4) sosiaalihuollon määrärahasidonnaiset lakisääteiset etuudet ja 5) kunnan vapaaehtoisesti järjestämät sosiaalihuollon etuudet.

Perustuslakiin sisällytettiin valtiosäännön taustalla olevat perusarvot, kuten ihmisarvon loukkaamattomuus, yksilön vapaus ja oikeudet sekä oikeudenmukaisuuden edistäminen. Nämä arvot sisältyvät nykyisen perustuslain 1 §:n 2 momenttiin. Sen mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Perustuslain 7 §:n 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Ketään ei saa tuomita kuolemaan, kiduttaa eikä muutoinkaan kohdella ihmisarvoa loukkaavasti, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta riistää mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta (3 momentti). Perustuslain 6 §:n 2 momentissa kielletään asettamasta ketään ilman hyväksyttävää perustetta eri asemaan esimerkiksi iän, terveydentilan tai vammaisuuden perusteella. Perimmäinen tavoite on suojella sekä henkilön elämää (elämänsuojelu) että fyysistä ja psyykkistä koskemattomuutta puuttumisesta aiheutuvilta seurauksilta. Kansalaisen oikeutta elämään ja koskemattomuuteen vastaa julkisen vallan velvollisuus suojeluun.[22]

Perustuslain 19 §:n 1 momentin mukaiseen oikeuteen välttämättömästä toimeentulosta ja huolenpidosta voidaan vedota, vaikka tavallisessa lainsäädännössä ei ole säännöksiä etuuksista, joita oikeuden toteutuminen edellyttää. Perustuslain 19 §:n 1 momentti sisältää myös palveluita tilanteessa, jossa henkilö tarvitsee välttämätöntä huolenpitoa.[23] Säännöksen tarkoittamassa oikeudessa on kysymys viimesijaisista tarvearviointiin perustuvista sosiaalisista etuuksista. Hallituksen esityksessä (HE 309/1993 vp, s. 69) korostetaan sitä, että ihmisarvoisen elämän kannalta välttämättömän toimeentulon ja huolenpidon tarve määräytyy yksilöllisistä tarpeista lähtien. Esitys mainitsee esimerkkinä terveyden ja elinkyvyn säilyttämisen kannalta välttämättömän ravinnon ja asumisen järjestämisen. Ihmisarvoisen elämän perusedellytyksiä turvaavat esityksen mukaan myös eräät lasten, vanhusten, vammaisten ja kehitysvammaisten huoltoon kuuluvat tukitoimet, erityisesti oikeus kiireelliseen sairaanhoitoon.[24] Säännöksellä on läheinen yhteys oikeutta elämään turvaavaan 6 §:ään.

Vahvimmin turvattuja subjektiivisia oikeuksia ovat (edellä 1) *standardoidut toimeentuloturvaetuudet*. Niiden saamisedellytykset ja sisältö on määritelty lainsäädännössä täsmällisesti, eikä niiden myöntämiseen liity yksilöllistä tarvearviointia. Seuraavana ryhmänä ovat (edellä 2) *tulosidonnaiset toimeentuloturvan*

---

[22] Ks. myös *Pajukoski*, 2006, s. 280.
[23] *Tuori*, 2005. Ks. myös *Narikka*, 2001, s. 320 ss.
[24] HE 309/1993 vp, s. 69.

etuudet. Näiden edellytykset ja/tai taso on kylläkin laissa sidottu tapauskohtaiseen tarpeeseen, mutta tarpeen ilmaisimina käytetään täsmällisiä tulo- (ja varallisuus)rajoja. Esimerkkinä voi käyttää asumistukea.[25]

Tämän tutkimuksen keskeisenä kohteena ovat perustuslain 19 §:n 3 momentin sisältämät sosiaali- ja terveyspalvelut. Hallituksen esityksen (HE 309/1993 vp) perusoikeuksia koskevat perustelut ja säännösten väliset viittaukset, jotka koskevat oikeuden elämään ja välittömään toimeentuloon sekä huolenpidon ja terveyden edistämisen välisiä yhteyksiä, ovat päällekkäisiä. Myös raja elämän suojelun ja terveyden suojelun välillä on häilyvä.[26]

Perustuslailla saatettiin kansallisesti turvatut perusoikeudet vastaamaan ihmisoikeussopimuksen mukaisia velvoitteita. Hallituksen esityksen (HE 309/1993 vp, s. 15) mukaan huomioon pyrittiin ottamaan myös tosiasialliset, taloudellisista voimavaroista johtuvat mahdollisuudet ja rajoitukset oikeuksien toteuttamiseen.[27] Ihmisoikeussopimuksista tärkeimmät sosiaalisia oikeuksia vahvistavat sopimukset ovat YK:ssa hyväksytyt kansalais- ja poliittisia oikeuksia koskeva *KP-sopimus* sekä *TSS-sopimus*. Suomi liittyi niihin vuonna 1976, jolloin sopimukset saatettiin myös valtionsisäisesti voimaan. Toisen tärkeän sopimusparin muodostavat Euroopan neuvoston piirissä syntyneet *Euroopan ihmisoikeussopimus* ja *Euroopan sosiaalinen peruskirja*. Suomessa ne hyväksyttiin ja saatettiin valtionsisäisesti voimaan vuosina 1990 ja 1991.[28] Vaikka perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien muodollinen pohja on erilainen, ne koskevat sisällöllisesti suuressa määrin samoja oikeuksia. Niiden välillä on merkittävää vuorovaikutusta.[29]

Muutkin kuin edellä todetut perusoikeussäännökset ulottavat vaikutuksensa TSS-oikeuksiin. Tällaisia ovat ennen kaikkea perustuslain 15 §:n 1 momentin säännös omaisuuden suojasta, 17 §:n säännökset kielellisistä ja kulttuurillisista oikeuksista ja 21 §:n säännökset hallinnon ja lainkäytön oikeusturvatakeista.[30]

Suomessa säädetyn perusoikeusjärjestelmän voimaantulon jälkeen vuonna 2000 julkaistiin Euroopan unionin perusoikeuskirja. Siinä vahvistettiin yhteisön ja yhteisön toimivallan ja tehtävien sekä toissijaisuusperiaatteen mukaisesti yhteisön perusoikeudet. Perusoikeuskirja kokoaa yhteen myös sellaiset Suomen perustuslain mukaiset perusoikeudet, kuten ihmisarvon loukkaamattomuuden, oikeuden elämään, lapsen, ikääntyneiden henkilöiden ja vammaisten henkilöi-

---

[25] *Tuori*, 2004, s. 245 ss.
[26] *Pajukoski*, 2006, s. 282–285.
[27] HE 309/1993 vp, s. 15.
[28] *Tuori*, 2004, s. 124 ss. Ks. Suomen perusoikeusuudistuksen ja kansainvälisten ihmisoikeussopimusten yhteydestä *Viljanen*, 1996, s. 788–815. Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien välisestä suhteesta, *Narikka*, 2006, erityisesti s. 23.
[29] *Hallberg*, 1999, s. 31. Erityisesti ihmisoikeussopimuksen asemasta Suomen oikeusjärjestyksessä, *Pellonpää*, 2005, s. 53 ss.
[30] Ks. *Tuori*, 2004, s. 197 ja 2001, s. 30 ss.

den oikeudet, sekä oikeuden sosiaalietuuksiin ja sosiaalipalveluihin. Perusoikeuskirjan pääasiallisena tarkoituksena on vahvistaa yhteiseen valtionsääntöperinteeseen sisältyvät perusoikeudet sekä mm. ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevaan eurooppalaiseen yleissopimukseen sekä edellä mainittuihin Euroopan neuvoston hyväksymiin sosiaalisiin peruskirjoihin ja Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuvat perusoikeudet.[31]

2.2 JULKISEN VALLAN TURVAAMISTEHTÄVÄ

Perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumisen turvaamisen määrää perustuslain 22 § yleisesti julkisen vallan tehtäväksi. Tämä korostaa perusoikeuksien tosiasiallisen toteutumisen merkitystä julkiselle vallalle ja siten myös lainsäätäjälle.[32] Perustuslain 19 §:n 3 momentin säännöksen mukaan ”julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut”. Tämä säännös sisältää siten lainsäätäjälle erikseen annetun toimeksiantovaltuutuksen. Lainsäädännön ohella kysymykseen voi tulla ennen kaikkea voimavarojen kohdentaminen, toisin sanoen talousarviopäätökset.[33]

Perusoikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin tarkoittaa riittävän korkeatasoisia ja jokaisen saatavilla olevia terveyspalveluja koko maassa. Säännös turvaa mm. terveyspalvelujen saatavuuden, yhdenvertaisuuden ja yksilön mahdollisuuden päättää terveyttään koskevista ratkaisuista. Riittävien sosiaali- ja terveyspalvelujen voidaan katsoa sisältävän myös jonkinasteisen velvollisuuden edistää väestön terveyttä.[34] Palvelujen järjestämistapaan ja saatavuuteen vaikuttavat välillisesti myös muut perusoikeussäännökset, kuten yhdenvertaisuus ja syrjinnän kielto, oikeus elämään sekä henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja turvallisuuteen, yksityiselämän suoja sekä uskonnon ja omantunnon vapaus (HE 309/1993 vp, s. 71).[35]

---

[31] Euroopan unionin perusoikeuskirjan johdanto-osan mukaan ”perusoikeuskirjan tarkoituksena on vahvistaa yhteisön ja unionin toimivallan ja tehtävien sekä toissijaisuusperiaatteen mukaisesti oikeudet, jotka perustuvat erityisesti jäsenvaltioille yhteisiin valtiosääntöperinteisiin ja kansainvälisiin velvoitteisiin, Euroopan unionista tehtyyn sopimukseen ja yhteisöjen perustamissopimuksiin, ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamista koskevaan eurooppalaiseen yleissopimukseen, yhteisön ja Euroopan neuvoston hyväksymiin sosiaalisiin peruskirjoihin sekä Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen ja Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytäntöön.”

[32] HE 309/1993 vp, s. 27 ss.

[33] Ks. *Tuori*, 2004, s. 205.

[34] *Sakslin*, 1996, s. 897.

[35] HE 309/1993 vp, s. 71.

Perusoikeuksien lähtökohtana on ollut yksilön vapauspiirin suojaaminen valtiovallan taholta tulevilta puuttumisilta.[36] Hallituksen esityksen (HE 309/1993 vp, s. 25) mukaan ei ole riittävää, että julkinen valta pidättäytyy itse puuttumasta perusoikeuksiin. Sosiaalisten perusoikeuksien osalta julkiselta vallalta edellytetään aktiivista toimintaa. Julkisen vallan on perustuslain 22 §:n mukaan pyrittävä perusoikeuksien aineelliseen turvaamiseen muodollisen, menettelyvaatimuksiin liittyvän perusoikeusturvan rinnalla. Julkiselle vallalle asetettu perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutumisen turvaamisvelvollisuus koskee myös oikeuksien toteutumista yksityisten keskinäisissä suhteissa. Käytännössä velvollisuus kohdistuu lähinnä lainsäätäjään, jonka tehtävänä on täsmentää yleisellä tasolla ilmaistua perusoikeutta niin, että sen vaikutus ulottuu myös yksityisten välisiin suhteisiin.[37]

Perustuslaissa taikka sen esitöissä ei ole annettu selvää vastausta, mitä julkisella vallalla tarkoitetaan.[38] Perustuslain esitöiden mukaan voidaan kuitenkin yleisesti todeta, että valtio sekä kunnat ja kuntayhtymät virkamiehineen ja päätöksentekoelimineen ovat keskeisimmät velvoitetuksi tulevat tahot. Julkisen vallan täsmällinen sisältö vaihtelee perusoikeuksittain, kuten perustuslakivaliokunta totesi perusoikeusuudistusta koskevassa mietinnössään (PeVM 25/1994 vp, s. 3).[39] Julkisen vallan turvaamis- tai edistämisvelvollisuuden muotoon kirjoitetut taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevat säännökset ulottavat vaikutuksensa kuntiin vain sikäli kuin kunnille on lailla annettu oikeuksien toteuttamisen kannalta merkityksellisiä tehtäviä. Toisaalta, jos oikeuden toteuttamistehtävä on lailla uskottu kunnan tehtäväksi, vastaa tämä omalta osaltaan perusoikeuden asianmukaisesta toteutumisesta.[40]

Perusoikeussäännöksiä koskeneessa hallituksen esityksessä (HE 309/1993 vp, s. 26) tähdennettiin kuntien tosiasiallista mahdollisuutta suoriutua tehtävistään. Perusoikeussäännökset eivät siten itsessään määritä sitä, miten kustannusjako valtion ja kuntien välillä toteutetaan. Perustuslakivaliokunta tähdensi, ettei valtio voi vapautua jonkin oikeuden toteuttamisvastuustaan pelkästään siirtämällä lailla tätä tarkoittavia tehtäviä kunnille.[41]

Jo perustuslakia edeltäneen hallitusmuodon mukaisten perusoikeussäännösten korostettiin ulottavan vaikutuksensa muuhunkin kuin valtion nimissä tapahtuvaan toimintaan. Kunnan, kuntayhtymän, evankelis-luterilaisen kirkon, Ahvenmaan maakunnan tai jonkin julkisoikeudellisen laitoksen palveluksessa ole-

---

36 HE 309/1993 vp, s. 25. Ks. julkisesta vallasta osa I, luku 5.2.1, alaviite 304.
37 HE 309/1993 vp, s. 74 ss.
38 Ks. *Tuori*, 2004, s. 209.
39 PeVM 25/1994 vp, s. 3.
40 Ks. *Viljanen*, 1999, s. 150.
41 HE 309/1993 vp, s. 26 ja PeVM 25/1994 vp, s. 3.

vien virkamiesten on korostettu olevan samalla tavoin perusoikeussäännösten sitomia. Viranomaistoimintaan rinnastettavan yksityisen oikeussubjektin toiminnan on katsottu olevan perusoikeuksien kannalta julkista toimintaa.[42]

Myös ns. välillisen julkishallinnon organisaatiot, kuten Kansaneläkelaitos, Suomen pankki ja julkisoikeudelliset yhdyskunnat (esimerkiksi paliskunnat ja metsänhoitoyhdistykset) toimivat aloilla, joilla perusoikeussuoja saattaa olla yhtä tärkeä kuin valtion viranomaisten toiminnassa. Perusoikeudet velvoittavat lähtökohtaisesti välillisen julkisen hallinnon yksikköjä niiden käyttäessä julkista valtaa tai hoitaessa julkisia tehtäviä.[43] Säännökset velvoittavat välillisen julkisen hallinnon yksiköitä kuitenkin vain silloin, jos niille on annettu perusoikeuksien kannalta merkityksellisiä tehtäviä ja toimivaltaa.[44]

2.3 SUBJEKTIIVISET VS. MÄÄRÄRAHASIDONNAISET OIKEUDET

Perustuslain sisältämät TSS-oikeudet on kirjoitettu jossain määrin toisistaan poikkeavin tavoin, eivätkä niiden mahdollisten oikeusvaikutusten erot ole aivan selviä pelkästään sanamuodon pohjalta. Lähtökohdaksi voidaan esittää kuitenkin kaksi päävaihtoehtoa. Ensinnäkin säännökset on tarkoitettu *oikeudellisesti velvoittaviksi* siten, että ne eivät ole pelkästään ohjelmanluonteisia. Toisena pääsääntönä on, että säännökset eivät yleensä perusta yksilölle *subjektiivisia oikeuksia*, vaan ovat lähinnä vain julkista valtaa *objektiivisesti* velvoittavia.[45]

Ihmisoikeussopimuksen määräykset ja perustuslain 2 luvun TSS-oikeussäännökset eivät objektiivisesta velvoittavuudestaan huolimatta yleensä välittömästi perusta yksilölle subjektiivisia oikeuksia sosiaalietuuksiin. Pääpaino subjektiivisina oikeuksina taattujen sosiaalisten oikeuksien sääntelyssä on tavallisessa lainsäädännössä. Ihmisoikeussopimusten ja perustuslain 2 luvun säännöksillä on tosin periaatteen luonteisille oikeusnormeille ominainen tulkintavaikutuksensa. Yksilöllisissä etuuspäätöksissä ne ohjaavat tavallisen lainsäädännön tulkintaa ja näin täsmentävät subjektiivisten oikeuksien sisällöllistä ja henkilöllistä ulottuvuutta. Lisäksi ne saattavat edellyttää, että jotkin etuuksista on turvattava tavallisessa lainsäädännössä subjektiivisina oikeuksina.[46] Kunnalliselle sosiaali- ja terveydenhuollolle ovat ominaisia *tarveperustaiset etuudet*. Ongelmia kunnallisessa päätöksenteossa aiheuttavat subjektiivisina oikeuksina taattujen etuuksien

---

[42] HE 309/1993 vp, s. 26.
[43] *Viljanen*, 1999, s. 151. Ks. myös *Hidén*, 1999, s. 763–765.
[44] PeVM 25/1994 vp, s. 3.
[45] *Tuori*, 2004, s. 203.
[46] *Tuori*, 2004, s. 244 ss.

erottaminen määrärahasidonnaisista lakisääteisistä etuuksista ja jälkimmäisiä etuuksia koskevan päätöksenteon luonne.[47]

Subjektiivisella oikeudella tarkoitetaan perusoikeuksien yhteydessä oikeutta, jonka toteuttamista yksilö voi tarvittaessa vaatia omissa nimissään tuomioistuimessa. Subjektiivinen oikeus on siten yksilön (subjektin) kannalta tehokkain perusoikeusmuoto. Subjektiivinen oikeus voi koskea joko viranomaisen velvollisuutta toimia aktiivisesti (esim. antaa yksilölle jokin sosiaalietuus) tai viranomaisen velvollisuutta pidättäytyä perusoikeuden loukkauksesta (esimerkiksi yksilön vapauden rajoittamisesta).[48]

Subjektiivisen oikeuden vastakkaiskäsite on *objektiivinen oikeus*. Perusoikeuksien yhteydessä se tarkoittaa oikeutta, jonka toteuttamiseen viranomaisella on (objektiivinen, yleinen) velvollisuus. Objektiivinen oikeus ei välttämättä sisällä vastaavaa subjektiivista oikeutta. Esimerkiksi perusoikeuteen liittyvä lainsäädännön kehittämisvelvollisuus saattaa olla objektiivista oikeutta, joka velvoittaa lainsäätäjää.[49]

Vammaispalvelulain tarkoittamien palvelujen ja tukitoimien jakaminen kahteen ryhmään käy ilmi kyseistä lakia koskevasta hallituksen esityksestä (HE 219/1986 vp, s. 5 ss.). Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat sellaiset palvelut, joita kunnan tulisi järjestää kunnan sosiaalihuollon toteuttamissuunnitelman puitteissa kaikille lain tarkoittamille henkilöille heidän vammaisuutensa edellyttämät tarpeet huomioon ottaen. Toiseen ryhmään kuuluvat sellaiset palvelut ja tukitoimet, jotka ovat vaikeavammaisten henkilöiden tavanomaisissa elämän toiminnoissa välttämättömiä heidän itsenäisen suoriutumisensa kannalta. Tämän vuoksi kunnille säädetään *erityinen järjestämisvelvollisuus* näiden palvelujen ja tukitoimien osalta. Myös nämä palvelut toteutetaan kunnan sosiaalihuollon toteuttamissuunnitelman puitteissa. Erityisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvat kuljetuspalvelut, tulkkipalvelut sekä palveluasuminen. Taloudellisista tukitoimista järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvat korvauksen suorittaminen kustannuksiin, jotka aiheutuisivat vammaiselle henkilölle asunnon muutostöiden tekemisestä sekä asuntoon kuuluvien välineiden ja laitteiden hankkimisesta. Vammaispalvelulain esitöiden mukaan kunnalla katsotaan olevan *erityinen järjestämisvelvollisuus* silloin, kun etuus on turvattu subjektiivisena oikeutena. Siten ainoastaan etuudet, joissa kunnan järjestämisvelvollisuutta ei vastaa etuuden

---

47 *Tuori*, 2004, s. 246 ss.

48 *Karapuu*, 1999, s. 67. Määritelmällisesti subjektiivisella oikeudella hallinto-oikeudessa tarkoitetaan lakisääteistä oikeutta, etua tai palvelua, jonka hallintoelin on velvollinen myöntämään tai muuten järjestämään oikeuden tai edun saamisen säädännäiset edellytykset täyttävälle. Tällaisen oikeuden keskeinen erityispiirre on, että viranomaiselta puuttuu itsenäinen harkintavalta päätettäessä sen toteuttamisesta. Ks. *Mäenpää*, 2003, s. 196.

49 *Karapuu*, 1999, s. 67.

tarvitsijan subjektiivinen oikeus, kuuluvat *yleisen järjestämisvelvollisuuden* piiriin.[50]

Yleinen järjestämisvelvollisuus velvoittaa kunnan järjestämään asukkailleen kyseisiä palveluja tai muita etuuksia ja myös varaamaan talousarviossaan tarkoitukseen riittävän määrärahan.[51] Sosiaalihuollon erityislaeissa, kuten päihdehuoltolain (41/1986) 3 §:n 1 momentissa ja vammaispalvelulain 3 §:ssä, tämä velvollisuus on sidottu kunnassa esiintyvään tarpeeseen. Kun kysymyksessä on ollut erityisen järjestämisvelvollisuuden alainen etuus, johon lakisääteiset edellytykset täyttävällä hakijalla on subjektiivinen oikeus, kunta ei ole voinut korkeimman hallinto-oikeuden jo 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa tekemien vammaispalvelulakia koskeneiden ratkaisujen mukaan vedota määrärahojen loppumiseen perusteena etuuden epäämiselle.[52]

Tuori on pohtinut yleisen ja erityisen järjestämisvastuun välistä eroa. Korkeimman hallinto-oikeuden jo 1980- ja 1990-lukujen vaihteessa tekemät vammaispalvelutukia koskeneet ratkaisut ovat selventäneet edellä mainittua eroa. Kun kyseessä on ollut erityisen järjestämisvelvollisuuden alainen etuus, johon lakisääteiset edellytykset täyttävällä hakijalla on subjektiivinen oikeus, kunta ei voinut vedota määrärahojen loppumiseen perustana etuuden epäämiselle. *Tuori* päätyy siihen, että on kiistatonta, että *yleiseen järjestämisvelvollisuuteen* kuuluva tarvearviointi on ensisijaisesti talousarviokäsittelyn asia ja että sen lainmukaisuutta valvotaan ensisijaisesti talousarviopäätöksestä mahdollisen kunnallisvalituksen avulla. Tästä huolimatta hän oikeuskäytännönkin perusteella katsoo, että valitusviranomaiset voivat ainakin selvissä yleisen järjestämisvelvollisuuden rikkomistilanteissa olla hyväksymättä kunnan viittausta talousarvioonsa ja siihen sisällytettyjen määrärahojen loppumiseen.

Etuuden myöntäminen ja sen sisällön tason määrittäminen edellyttää yksilö- tai perhekohtaista arviointia. Tämän vuoksi näitä etuuksia ei voida säännellä yhtä yksityiskohtaisesti kuin sosiaalivakuutuksen ja sosiaaliavustuksen etuuksia. Sääntelyn väljyys, joka väistämättä liittyy tarveperusteisiin etuuksiin, vaikeuttaa erityisen järjestämisvelvollisuuden alaisten subjektiivisten oikeuksien erottamista määrärahasidonnaisista etuuksista, jotka kuuluvat pelkästään yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin.[53]

Subjektiivisten oikeuksien ja määrärahasidonnaisten etuuksien eroa voi olla vaikea päätellä niistä annettujen säännösten sanamuodosta. Erityistä järjestämisvelvollisuutta koskevissa säännöksissä ei yleensä erikseen todeta, että saamisedellytykset täyttävällä hakijalla on etuuteen oikeus. Sen sijaan saatetaan käyttää

---

[50] HE 219/1986 vp, s. 5 ss.
[51] KHO 12.9.1997, taltio 2218.
[52] *Tuori*, 2004, s. 249. Ks. s. 245–247.
[53] *Tuori*, 2004, s. 243.

kuntaan kohdistuvaa käskymuotoa ”on annettava” tai ”on järjestettävä”. Erityisen ongelmallisia ovat säännökset, joissa käytetään passiivin indikatiivimuotoa, kuten (etuuksia) ”annetaan” tai ”järjestetään”.

Terveydenhuollon palvelujen osalta edellä todettu jaottelu on ongelmallisempi. Kansanterveyslain 14 §:ssä on säännökset kansanterveystyön palveluista, jotka kuuluvat kunnan järjestämisvelvollisuuteen. Niihin kuuluu mm. kiireellisen avosairaanhoidon järjestäminen potilaan asuinpaikasta riippumatta. On kuitenkin syytä tähdentää, että kunnalla on velvollisuus järjestää asukkaansa terveydentilan edellyttämä terveyden- ja sairaanhoito myös ei-kiireellisissä tilanteissa.[54] Erikoissairaanhoitolaissa kunnan järjestämisvelvollisuus sisältyy 3 §:n 1 momenttiin. Sen mukaan kunnan on huolehdittava, että sen asukkaat saavat lain 1 §:n 2 momentissa tarkoitetun erikoissairaanhoidon.[55]

Perusteltua on katsoa, että terveyspalvelujen yhteydessä jaottelua subjektiivisina oikeuksina taattuihin ja määrärahasidonnaisiin palveluihin sekä sitä vastaavaa kunnan erityisen ja yleisen järjestämisvelvollisuuden välistä eroa ei voida käyttää jäsentämään oikeudellista tilannetta. Kunnalla on velvollisuus järjestää asukkaansa terveydentilan edellyttämä, yksilölliseen tarvearviointiin perustuva sekä kiireellinen että ei-kiireellinen hoito. Siksi olisi harhaanjohtavaa sanoa, että kiireellinen hoito olisi taattu subjektiivisena oikeutena, kun taas ei-kiireellisessä hoidossa olisi kyse määrärahasidonnaisesta palvelusta.[56] Eduskunnan oikeusasiamies on todennut kunnan järjestämisvastuuta koskeneessa ratkaisussaan, että kohtuuttoman pitkä jonotusaika voi merkitä sitä, ettei kunta täytä asianmukaisesti terveyspalvelujen järjestämisvelvollisuuttaan.

Silloin kun kunta järjestää sosiaalihuollon etuuden vapaaehtoisesti ilman lain nimenomaan antamaa velvoitetta, kunnalla ei ole siihen edes yleistä järjestämisvelvollisuutta. Kunta päättää vapaan harkintansa nojalla ja yleisen toimialansa

---

[54] Eduskunnan oikeusasiamies on arvioinut vastuun määräytymistä erikoissairaanhoidon järjestämisessä Helsingin ja Uudenmaan sairaanhoitopiiriä koskeneessa ratkaisussaan Eoa 15.11.2002 488/4/00. Kunnan tehtävänä on erikoissairaanhoitolain mukaan huolehtia, että sen asukas saa tarpeellisen, sekä kiireellisen että ei-kiireellisen, erikoissairaanhoidon. Tästä seuraa, että kunnan on varattava talousarvioonsa määrärahat paitsi kiireellistä myös muuta tarpeellista erikoissairaanhoitoa varten. Talousarvio on laadittava siten, että edellytykset kunnan tehtävien hoitamiseen turvataan. Talousarviosta päättävät luottamusmiehet ja asiaa valmistelevat virkamiehet rikkovat käsitykseni mukaan perustuslain 19 ja 22 §:ssä julkiselle vallalle säädetyt velvoitteet turvata riittävät lakisääteiset terveyspalvelut, jos kunta talousarviosta päättäessään mitoittaa määrärahansa tietoisesti tiedossa olevaa tarvetta vähäisemmäksi. Taloussuunnittelun täydellisyysperiaate koskee myös sairaanhoitopiirin kuntayhtymiä.

[55] Ks. myös *Tuori*, 2004, s. 274 ss.

[56] *Tuori*, 2004, s. 276 ss. Tuori perustelee kantaansa mm. eduskunnan oikeusasiamiehen ratkaisulla Eoa 22.4.2003 843/2001, jossa oli kysymys erikoissairaanhoitolain mukaisesta kunnan (Karjaan kaupungin) velvollisuudesta järjestää erikoissairaanhoidon palveluja, ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisulla KHO 27.11.2000, taltio 3118, jossa samoin oli kysymys erikoissairaanhoitolain soveltamisesta.

rajoissa tällaisten etuuksien järjestämisestä toimintapolitiikan päätöksissään, ennen kaikkea talousarviossaan. Kunnan vapaaehtoisesti järjestämiin palveluihin viitataan sosiaalihuoltolain 17 §:n 4 momentissa. Sen mukaan kunta voi järjestää sosiaalihuoltolaissa ja erityislaeissa erikseen säänneltyjen palvelujen lisäksi muita tarpeellisia sosiaalipalveluja. Kun kunta päättää järjestää asukkailleen muita kuin lakisääteisen järjestämisvelvollisuuden alaisia etuuksia, se käyttää itsehallintoon kuuluvaa tarkoituksenmukaisuusharkintaa.[57]

Tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuvat hallintopäätökset muistuttavat toimintapolitiikan päätöksiä ja tosiasiallista palvelutoimintaa siinä, että niissäkin oikeusnormit ovat vain kehyksenä tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien määräämälle ratkaisulle. Kunnallisilla toimintapolitiikan päätöksillä pyritään edistämään yleisiä sosiaalipoliittisia tavoitteita annetuissa tai ennakoitavissa olevissa olosuhteissa ja tosiasiallinen palvelutoiminta tähtää yksilöllisiin, palvelun kohteesta riippuviin hoitotavoitteisiin. Myös sosiaalioikeuden alueella saattaa olla vaikeasti todettavissa, milloin on kyse laillisuus- ja milloin tarkoituksenmukaisuusharkinnasta.[58]

[57] *Tuori*, 2004, s. 246 ss. ja 255.
[58] *Tuori*, 2004, s. 113.

3 Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen

3.1 KUNTALAIN ARVOT JA -TAVOITTEET

Vuoden 1996 alusta voimaan tullutta kuntalain uudistusta edelsi valtioneuvoston asettaman kunnalliskomitean mietintö (KM 1993:33), jossa määriteltiin myös kunnallishallinnon arvoja ja tavoitteita. Niiden avulla pyrittiin valaisemaan, millaisia arvopäämääriä kunnallishallinto toteuttaa tai mitä päämääriä sen avulla pyritään toteuttamaan, ja mitä kuntalaiset, kunnalliset päätöksentekijät tai valtio odottavat kunnilta tulevaisuudessa. Arvoja koskevalla keskustelulla voidaan kunnalliskomitean mietinnön mukaan selkeyttää kunnallislain tavoitteenasettelua. Kaikkia kunnallishallinnon arvoja ei katsottu olevan syytä eikä mahdollista kirjoittaa lakiin periaatteina, tavoitteina tai yksityiskohtaisina säännöksinä. Tästä huolimatta ne saattavat olla osa oikeusjärjestystä, luoda yhtenäisyyttä hajanaiselle säätelylle sekä ohjata lain tulkintaa. Koska lainsäädäntö on valtiollista, valtion keino kunnallishallinnon järjestämiseksi, valtakunnallisten arvojen katsottiin korostuvan lain tavoitteita määriteltäessä.[59]

Kunnallishallinnon keskeisiksi arvoiksi komitea määritteli *kuntien itsehallinnon*, *demokratian* sekä *sosiaalisen ja taloudellisen hyvinvoinnin*. Näihin kuuluu myös vastuu kunnan alueen ja yhdyskunnan tasapainoisesta kehityksestä. Kunnallinen itsehallinto korostaa kuntien riippumattomuutta valtiosta, oikeutta itse päättää tehtävistään, hallinnostaan ja taloudestaan. Kun kunnan itsehallinto toimii joka tapauksessa oikeusjärjestyksen rajoissa, kunnan vapaus on oikeusjärjestelmän suojaamaa vapautta tehdä tai olla tekemättä. Kuntien itsehallinto (vapaus) on valtakunnallisesta näkökulmasta keino siirtää vastuuta palvelujen ylläpitämisestä kunnille. Kunnallishallinnossa demokratialla tarkoitetaan pääsääntöisesti kuntalaisten oikeutta osallistua itseään koskevien päätösten tekemiseen. Demokratiaan lisätään usein myös sisällöllinen elementti: päätösten tulee vastata kansalaisten tahtoa, kunnallishallinnon tulee tuottaa kuntalaisten tarvitsemia ja haluamia palveluja.[60]

Tämän tutkimuksen kannalta kiinnostavia ovat myös komitean kirjaamat hyvinvointia ja tehokkuutta koskevat arvot. Komitea ei nähnyt taloudellista tehokkuutta sinänsä kunnallishallinnon arvona. Pikemminkin tehokkuus on keino maksimoida kunnan asukkaiden sosiaalinen ja taloudellinen hyvinvointi käytet-

[59] KM 1993:33, s. 85.
[60] Ks. KM 1993:33, s. 85–87.

tävissä olevilla voimavaroilla. Tehokkuuden toimikunta määritteli organisaation kyvyksi täyttää sille asetetut tavoitteet.

Ulkoisen tehokkuuden arvioinnissa keskitytään organisaation ja sen ympäristön väliseen suhteeseen: tehdäänkö oikeita asioita. Tällöin tarkoitetaan osapuilleen samaa kuin vaikuttavuus. Sisäinen tehokkuus korostaa kykyä tehdä asiat oikein, toisin sanoen tuottavasti ja taloudellisesti. Käsitettä tuloksellisuus on käytetty kuvaamaan onnistunutta toimintaa mahdollisimman laaja-alaisesti. Tuloksena on toiminta, joka on sekä tuottavaa että taloudellista ja jolla on hyvä vaikuttavuus. Kunnallishallinnon tehokkuutta voidaan tarkastella koko järjestelmän tehokkuutena.[61]

Komitea arvioi myös arvojen pysyvyyttä ja toteutumista kunnallishallinnossa. Hyvinvointivaltion rakentamisvaiheessa sosiaalinen ja taloudellinen hyvinvointi ovat olleet keskeisiä arvoja. Pohjoismaisessa hyvinvointivaltiossa palvelut on tuotettu laajasti julkisina palveluina, joista käytännössä ovat vastanneet kunnat. Kunnan ja valtion välisessä suhteessa on ollut havaittavissa 1980-luvulta lähtien muutos. Tämä on näkynyt mm. norminannon uudistuksen, valtionosuusuudistuksen ja vapaakuntakokeilun tavoitteenasettelussa.

Julkisen hallinnon kehittämisohjelmissa päätavoitteena ovat yleensä hyvät ja laadukkaat palvelut tai palvelujen parantaminen. Palvelutarjontaa ei kuitenkaan kytketä yhtä tiukasti sosiaaliseen ja alueelliseen yhdenvertaisuuteen kuin hyvinvointivaltion rakentamisvaiheessa. Samat asiat voivat painottua eri tavoin erilaisissa olosuhteissa. Erityisesti julkisen talouden tiukentuminen suuntaa huomiota myös toiminnan sisäiseen tehokkuuteen – tuottavuuteen ja taloudellisuuteen.[62]

Kun kunnalliskomitean linjauksia tarkastellaan hankintalain 1 §:n 1 momentin tavoitteiden kannalta, merkittäväksi yhdistäväksi tavoitteeksi nousee lain välineellinen tehtävä *edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä*, jolloin hankittavilla tavaroilla ja palveluilla on kunnan sosiaalisen ja taloudellisen hyvinvoinnin kannalta hyvä vaikuttavuus. Hankintalain tavoite julkisten varojen käytön tehostamisesta liittyy tähän kunnallishallinnon kokonaistavoitteeseen. Käytettävissä olevat varat tulee käyttää siten, että hyvinvointi maksimoidaan. Hankintalaissa ensimmäisenä mainittu tavoite tehostaa julkisten varojen käyttöä ei nouse siten välttämättä kunnan päätöksenteon kannalta ensisijaiseksi, vaan ensisijaiseksi nousee kysymys siitä, mitkä hankinnat koetaan sosiaalisen ja taloudellisen hy-

---

[61] Ks. KM 1993:33, s. 88–89. Mietinnössä viitataan kunnallishallinnon alueellista rakennetta koskeviin muutostarpeisiin. Esimerkiksi Ruotsin kuntauudistuksia perusteltiin tarpeella luoda kunnallishallinnon yksikköjä, joilla on riittävät voimavarat palvelujen järjestämiseen ja joissa henkilöstöä ja muita voimavaroja voidaan käyttää taloudellisesti. Sama lähtökohta oli Suomessa kuntauudistusehdotuksia tehtäessä.

[62] Ks. KM 1993:33, s. 88–89.

vinvoinnin kannalta tärkeimmiksi. Hankintalain näkökulmasta vaikuttavuudessa on kysymys hankintojen kokonaistaloudellisesta edullisuudesta.

Kuntien ja valtion välisen vastuun kannalta on kunnan itsehallinnon periaate keskeisessä asemassa.[63] Kunnallisen itsehallinnon vahvistamista pidettiin myös ns. suuren valtionosuusuudistuksen (eli 1992 STVOL:n) yhtenä kantavana ideana.[64]

Kansanvaltaisuuden periaate on vahvistettu perustuslain 2 §:n 1 momentissa. Sen mukaan valtiovalta Suomessa kuuluu kansalle, jota edustaa valtiopäiville kokoontunut eduskunta. Perustuslain 121 §:n mukaan Suomi jakaantuu kuntiin, joiden hallinto perustuu kunnan asukkaiden itsehallintoon. Vaikka edellä todettu perustuslain säädös koskee valtiovallan kansanvaltaista järjestämistä, kaikella julkisen vallan käytöllä on oltava demokraattinen perusta. Olennainen merkitys kansanvallan toteuttamisessa on erityisesti kunnallisella itsehallinnolla. Perustuslain 2 §:n 2 momentissa on määritelty kansanvallan sisältöä; kansanvaltaan sisältyy yksilön oikeus osallistua ja vaikuttaa yhteiskunnan ja elinympäristönsä kehittämiseen. Kunnallishallintoa koskeville perustuslain säännöksille kansanvallan periaate määrittää tausta-arvoja ja tulkintaympäristöä. Se kytkee kunnallishallinnon valtiosäännön arvoperustaan ja näin lujittaa kunnallishallinnon institutionaalista suojaa.[65]

Kuntien sosiaalisia perusoikeuksia koskevien velvoitteiden riippuvuus täydentävästä lainsäädännöstä on riidatonta silloin, kun perustuslain säännös on muotoiltu lainsäätäjään kohdistetuksi toimeksiannoksi.[66] Tällainen sääntelymalli on omaksuttu perustuslain 19 §:n 3 momentin sosiaali- ja terveyspalveluja koskevassa säännöksessä. Lähtökohtaa, jonka mukaan perusoikeussäännösten toimeksiantovaikutus kohdistuu ensisijaisesti valtioon ja kuntiin yleensä täydentävän lainsäädännön välityksellä, on noudatettava myös silloin, kun se ei ilmene välittömästi jo säännöksen sanamuodosta. Perustuslain 121 §:n 2 momentin mukaan näet ”kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla”.[67] Kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin

---

[63] Kuntien itsehallinnon perustuslain suojasta *Harjula – Prättälä*, 2004, s. 26 ja 31–33.

[64] *Myllymäki*, 2003, s. 264.

[65] Kuntien itsehallintoa turvaa Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 65 ja 66/91). Peruskirjan 3 artiklan 1 kappaleen mukaan paikallinen itsehallinto tarkoittaa paikallisviranomaisen oikeutta ja kelpoisuutta säädellä ja hoitaa lain nojalla huomattavaa osaa julkisista asioista omalla vastuullaan ja paikallisen väestön etujen mukaisesti. Peruskirja on otettu huomioon perustuslakia säädettäessä. Peruskirjassa edellytetään, että paikallisviranomaisten perustavanlaatuiset toimivaltuudet ja tehtävät säädetään perustuslaissa tai muussa laissa. Peruskirjan 9 artiklan 2 kappaleen mukaan paikallisviranomaisten taloudellisten voimavarojen tulee olla riittävät suhteessa niihin velvoitteisiin, jotka niille on annettu perustuslaissa tai muussa laissa. Ks. myös HE 309/1993 vp, s. 26.

[66] Ks. kuntien tehtävistä myös *Hannus – Hallberg*, 2000, s. 76–80.

[67] Ks. *Tuori*, 2004, s. 209.

lakia. Nämä oikeusvaltioperiaatteen kaksi ainesosaa on kirjattu perustuslain 2 §:n 3 momenttiin.[68]

3.2 SOSIAALI- JA TERVEYDENHUOLLON TAVOITTEET

Voimassa oleva sosiaalihuoltolaki alkuperäisessä muodossaan perustui hallituksen esitykseen sosiaalihuoltolaiksi (HE 102/1981 vp). Esityksessä sosiaalihuollon yleistavoitteeksi määriteltiin yleisen sosiaalisen turvallisuuden ja suoriutumisen ylläpitäminen ja edistäminen. Sosiaalihuollon tavoitteeksi asetettiin aikaisempaa selkeämmin pyrkimys yhteiskunnalliseen oikeudenmukaisuuteen ja tasa-arvoisuuteen. Sosiaalihuollon periaatekomitea (KM 1971: A 25) kirjasi erityisesti sosiaalihuollon kehittämiseen suuntautuneet sosiaalihuollon toimintaperiaatteet. Näitä olivat palveluhenkisyys, pyrkimys normaalisuuteen, valinnanvapaus, luottamuksellisuus, ennaltaehkäisy ja omatoimisuuden edistäminen. Siten sosiaalihuoltolainuudistuksen tavoitteena oli parantaa sosiaalihuollon mahdollisuuksia sosiaalisten ongelmien ehkäisyyn, omatoimisen suoriutumisen edistämiseen ja muiden sosiaalihuollon keskeisten, mm. edellä mainitussa komitean mietinnössä kirjattujen toimintaperiaatteiden toteuttamiseen.

Lainuudistuksella pyrittiin yhdessä sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain kanssa parantamaan kuntien taloudellisia edellytyksiä sosiaalihuollon järjestämiseen lisäämällä valtionosuutta, porrastamalla se kuntien taloudellisen kantokyvyn mukaan ja yhdistämällä se sosiaalihuollon eri toimintamuotojen kesken. Tavoitteena oli myös turvata riittävä henkilökunnan saanti kunnan sosiaalihuollon tehtäviin, parantaa henkilöstön koulutustasoa sekä tasoittaa henkilöstön määrässä ja koulutustasossa olevia eroja maan eri osien ja eri kuntien kesken. Lisäksi pyrittiin sosiaalihuollon tasapainoiseksi kehittämiseksi huolehtimaan siitä, että sosiaalihuollon palvelukokonaisuutta voitiin laajentaa ja kehittää paikallisten olojen kannalta parhaalla mahdollisella tavalla.[69]

Voimassa oleva kansanterveyslaki perustuu vuodelta 1971 olevaan hallituksen esitykseen (HE 98/1971 vp), jossa määriteltiin kansaterveystyön tehtävät. Lakia on varsin monelta osin muutettu toimintojen rahoituksessa ja organisoimisessa tehtyjen muutosten seurauksena. Merkittävimmät muutokset on tehty STVOL:lla.

---

[68] Ks. kunnan itsehallinnosta ja oikeusvaltioperiaatteesta myös *Harjula – Prättälä*, 2004, s. 27 ss.
[69] Ibid.

Terminologisesti kansanterveyslakia koskeneessa hallituksen esityksessä ei puhuttu tavoitteista.[70]

Kansanterveystyöllä esityksessä tarkoitettiin yksilöön ja hänen elinympäristöönsä kohdistuvaa terveydenhoitoa ja yksilön sairaanhoitoa sekä siihen liittyvää toimintaa, jonka tarkoituksena on väestön terveydentilan ylläpitäminen ja edistäminen. Sairaaloissa tapahtuvan sairaanhoidon kehittämisen ei katsottu yksin riittävän kohentamaan kansanterveytemme tilaa, vaan sen parantamiseksi oli välttämätöntä kehittää terveydenhuoltoon kuuluvia muitakin toimintoja niin, että nämä yhdessä sairaalalaitoksen kanssa muodostavat sellaisen terveydenhuollon kokonaisuuden, jota tehokas kansanterveystyön suorittaminen edellyttää. Terveydenhuoltoa kehittämällä katsottiin mahdolliseksi muita keinoja paremmin hillitä sairaalakustannusten kasvua.[71]

Kansanterveystyön perustavoitteena oli siirtää terveyspolitiikan painopiste terveydenhuoltoon ja avosairaanhoitoon luomalla hallinnolliset ja taloudelliset edellytykset kunnallisen perushoitojärjestelmän ripeälle ja suunnitelmalliselle kehittämiselle. Paikallisen kansanterveystyön järjestämisvastuu sälytettiin jo voimassa olleen lainsäädännön mukaisesti kunnan vastuulle ja kunnille varattiin mahdollisuus perustaa tehtävien hoitoa varten kuntainliittoja.[72]

Maksuttomilla terveyspalveluilla uskottiin saatavan ajan mittaan tuloksia, jotka vähentävät sairaanhoidon tarvetta ja kohottavat kansanterveyden tilaa.[73] Hallituksen esitys painotti useissa kohdin toimintojen suunnittelun ja järjestämisen tehokkuutta eri keinoin. Kunnan tuli mm. laatia lääkintöhallituksen vahvistettavaksi kansanterveystyön toimintasuunnitelma, jossa tuli selvittää kansanterveystyön laatu ja laajuus yksityiskohtaisesti viideksi vuodeksi kerrallaan. Kunnan erilliset kansanterveystyön toiminnot tuli liittää yhdeksi toiminnalliseksi kokonaisuudeksi.[74]

3.3 KUNNAN TEHTÄVÄT JA PÄÄTÖKSENTEKO

Kuntien oikeudellisesta asemasta on säädetty kuntalaissa (365/1995). Kunnan tehtävää yleisesti määrittävän kuntalain 1 §:n mukaan kunta pyrkii edistämään

---

[70] HE 98/1971 vp oli alkuperäiseltä nimeltään Hallituksen esitys Eduskunnalle kansanterveystyöstä ja sen voimaanpanosta annettaviksi laeiksi.

[71] HE 98/1971 vp, s. 1 ss.

[72] HE 98/1971 vp, s. 3.

[73] HE 98/1971 vp, s. 7. Talousvaliokunnan mietintö n:o 11/1971 vp, s. 2. Ks. myös mietinnön liitteenä oleva sosiaalivaliokunnan lausunto n:o 3/1971, jossa korostetaan terveyspolitiikan kiinteää liittymistä muuhun sosiaalipolitiikkaan. Tämä yhteenkuuluvuus tulee ottaa huomioon myös sosiaalipolitiikan eri sektoreiden toimintaa järjestettäessä.

[74] HE 98/1971 vp, s. 3 ja 5.

asukkaidensa hyvinvointia ja kestävää kehitystä alueellaan. Kunta hoitaa kuntalain 2 §:n mukaan itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa ja sille laissa säädetyt tehtävät. Saman lainkohdan mukaan kunta hoitaa sille laissa säädetyt tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelujen tuottajilta. Kuntalain uudistamisen lähtökohtana oli, että kunta voi itse ratkaista, millä tavalla palvelut tuotetaan.

Sosiaalihuoltolain (710/1982) 5 §:n 1 momentin mukaan kunnan on pidettävä huolta sosiaalihuollon suunnittelusta ja toteuttamisesta sen mukaan kuin kyseisessä laissa on säädetty. Saman pykälän 2 momentin mukaan kunta voi huolehtia palvelujen järjestämisestä siten kuin STVOL 4 §:ssä säädetään. Kunnan sosiaalihuoltoon kuuluvina tehtävinä sosiaalihuoltolain 13 §:n 1 momenttiin sisältyy mm. vastuu sosiaalipalvelujen järjestämisestä kunnan asukkaille.[75] Vastaavasti kunnan on kansanterveyslain (66/1972) 5 §:n mukaan pidettävä huolta kansanterveystyöstä sen mukaan kuin kyseisessä laissa tai muutoin säädetään tai määrätään. Kunnat voivat yhdessä huolehtia kansanterveystyöstä perustamalla tätä varten kuntayhtymän. Kunta voi edellä mainitun lainkohdan mukaan myös sopia toisen kunnan kanssa siitä, että tämä hoitaa osan kansanterveystyön toiminnoista.

Kuntien vapaaehtoisessa yhteistyössä tapahtuvaa tehtävien siirtämistä kuntien yhteistoimintaorganisaatiolle ei ole juurikaan arvioitu kuntien itsehallinnon perustuslainsuojan kannalta, vaikka sekin merkitsee näiden tehtävien siirtymistä kuntalaisten suoraan valitseman valtuuston päätösvallasta välillisen demokratian piiriin.[76]

Kunnan asukkaiden hyvinvoinnin turvaaminen on kunnan perustehtävä. Se on itsehallintoon ja demokratiaan oleellisesti kuuluva sisällöllinen arvo. Jotta päätökset saisivat yleisen hyväksynnän, niiden tulee vastata asukkaiden tahtoa. Hyvinvointiarvojen toteuttamisessa valtio käyttää täytäntöönpanossa hyväkseen poliittisen ja hallinnollisen desentralisaation etuja, mutta kunnan itsehallinnon kannalta on tärkeää, että työnjako sosiaalisen ja taloudellisen hyvinvoinnin turvaamisessa kunnan ja valtion välillä on tarkoituksenmukainen. Kunnallinen itsehallinto on valtion näkökulmasta poliittisen desentralisaation toteuttamiskeino, jolla tavoitellaan mm. poliittisen päätöksenteon vastaavuutta ja oikeaa kohdentamista, kansalaisten vaikutusmahdollisuuksien lisäämistä sekä alueellisten erityispiirteiden huomioonottamista ja julkisten tehtävien paikallisen koordinaation parantumista.[77]

---

[75] Ks. myös *Tuori*, 2004, s. 32 ss.
[76] Ks. *Harjula – Prättälä*, 2004, s. 35 ss.
[77] KM 1993:33, s. 88.

Lainsäädännön edellyttämien palvelujen järjestämistä ja niiden priorisointia ohjaavat kunnan elimet poliittisilla päätöksillään, jolloin taustalla ovat ihmisten arvostukset ja tarpeet.[78] Sikäli kuin perustuslain 19 §:n 3 momentin tarkoittamien sosiaali- ja terveyspalvelujen taso on tavallisen lainsäädännön perusteella riippuvainen kuntien päätöksistä, kuntien on osaltaan huolehdittava talousarviopäätöksissään siitä, että jokaiselle turvataan säännöksen edellyttämät riittävät palvelut. Talousarviopäätöksissä perusoikeussäännökset toimivat huomioon otettavina ensisijaisnormeina, kun kuntien käytettävissä olevia voimavaroja kohdennetaan eri tarkoituksiin.[79]

Kunnallisen itsehallinnon perustuslainsuojasta seuraa, että kunnille ei voida edes tavallisella lailla osoittaa rajoituksitta uusia tehtäviä esimerkiksi juuri sosiaalisten perusoikeuksien toteuttamisessa. Perustuslakivaliokunnan käytännössä hallitusmuodon 51 §:n 2 momentin takaaman kunnallisen itsehallinnon katsottiin sisältävän mm. *kunnallisen verotusoikeuden* ja laajemmin *kunnan oikeuden päättää omasta taloudestaan.*[80] Kunnan poliittisen päätöksenteon asiana on siten mm. ratkaista, mitkä ovat maksuttomia tai alihintaisina palveluina tarjottavia peruspalveluja tai sellaisia asukkaille tärkeitä toimintoja, joita yhteiskunnan on syytä tukea. Lähtökohtana uutta kunnallislakia valmisteltaessa oli suomalaisen hyvinvointiyhteiskunnan perusteiden ja periaatteiden turvaaminen uuden joustavan itsehallintoajattelun pohjalta.[81]

Kansanvaltaisuuden on kirjallisuudessa katsottu edellyttävän luottamushenkilöiden määräävää asemaa kunnan hallinnossa. Perustuslakivaliokunta on yleensä käyttänyt ilmaisua ”kansalaisten oikeus itse valitsemiinsa toimielimiin” (esimerkiksi PeVL 29/1992 vp, s. 2).[82] Näin korostetaan sitä, että valtiolle tai muille kunnan ulkopuolisille tahoille voidaan säätää vain rajoitetut oikeudet määrätä kunnan valmistelu- ja täytäntöönpanoelinten perustamisesta ja kokoonpanosta. Toisaalta painotetaan kuntalaisten valitsemien päätöksentekijöiden merkitystä suhteessa palkattuun henkilöstöön.[83]

Kunnan päätöksenteon kannalta valtuuston tehtävä on keskeinen. Kuntalain 13 §:n mukaan valtuusto vastaa kunnan toiminnasta ja taloudesta. Valtuuston tulee mm. päättää kunnan toiminnan ja talouden keskeisistä tavoitteista (1 kohta) sekä päättää kunnan palveluista ja muista suoritteista perittävien maksujen yleisistä perusteista (4 kohta). Valtuuston mahdollisuus siirtää toimivaltaansa sisältyy kuntalain 14 §:ään. Sen mukaan kunta voi *johtosäännössä* siirtää toimival-

---

78 Ks. myös *Södergård*, 2001, s. 63.
79 *Tuori*, 1999, s. 604.
80 Ks. *Tuori*, 2004, s. 212.
81 Ks. KM 1993:33, s. 91.
82 Ks. PeVL 29/1992 vp, s. 2.
83 *Harjula – Prättälä*, 2004, s. 24.

taansa kunnan muille toimielimille sekä luottamushenkilöille ja viranhaltijoille. Lain 17 §:n mukaan kunnan toimielimiä ovat valtuuston lisäksi kunnanhallitus, lautakunnat ja johtokunnat, niiden jaostot ja toimikunnat. Kunnat siis käytännössä johtosäännössään päättävät, millä kunnan toimielimellä on valtuudet hankkia palveluita. Toimivaltarajat on usein porrastettu ja määritelty euromääräisinä edellä todetuille elimille tai viranhaltijoille.[84]

Julkista hallintoa yleisesti koskevia säännöksiä sovelletaan myös kuntiin, jollei kuntalaissa ole säädetty asiasta poikkeusta. Säännökset koskevat pääasiassa menettelyä hallinnossa ja hallintokäytännössä. Kunnan päätöksentekoon sovelletaan siten mm. hallintolakia (434/2003), julkisuuslakia (621/1999) ja hallintolainkäyttölakia (586/1996).[85]

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan julkisyhteisöjen, erityisesti kuntien, sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja. Niiden tarkoituksena on toteuttaa kansallisesti hyväksi katsottua sosiaalipoliittista järjestelmää. Toisaalta palvelujen järjestämisen mahdollisuus on riippuvainen suuressa määrin harjoitettavasta talouspolitiikasta ja sen toteuttamiseksi tehtävistä toimenpiteistä. Perustamissopimus ei auta määrittelemään hierarkiaa yhteisönkään tasolla sosiaalipolitiikan ja talouspolitiikan välillä. Kansallisessa päätöksenteossa on pyrittävä niiden toteuttamiseksi annettujen säännösten harmonisoivaan tulkintaan.[86]

3.4 PALVELUJEN JÄRJESTÄMISEN VASTUU JA VAIHTOEHDOT

Oikeus sosiaali- ja terveydenhuoltoon samoin kuin oikeuden kohdentuminen tiettyyn kuntaan ratkeaa Suomessa yleensä asumisperiaatteen mukaisesti.[87] Oikeus sosiaali- ja terveydenhuoltoon on siten Suomessa asuvilla eli niillä, joilla on Suomessa kotikuntalain (201/1994) 14 §:n mukainen kotipaikka.[88]

---

[84] *Kauti*, 2002, s. 6.

[85] Ks. muusta sovellettavasta lainsäädännöstä *Harjula – Prättälä*, 2004, s. 61.

[86] *MacCrudden* esityksessään 2.6.2006 Nottinghamin yliopistossa yhteisön perustamissopimuksen tavoiteartiklan tulkinnasta.

[87] Sosiaalihuollossa on tehty asumisperiaatteesta kaksi poikkeusta oleskeluperiaatteen hyväksi. Ensimmäinen koskee kiireellisiä tapauksia (sosiaalihuoltolain 15 §:n 1 momentti). Muina olosuhteina ovat sosiaalihuoltoasetuksessa (607/83) mainitut tilanteet, joissa henkilö opiskelun, työn tai vastaavien syiden vuoksi oleskelee kunnassa eikä kotipaikka muutu. Ks. *Tuori*, 2004, s. 46.

[88] Perustuslakiuudistuksessa oikeuksien henkilöpiiriä laajennettiin koskemaan pääsääntöisesti jokaisen Suomen kansalaisen lisäksi kaikkia valtion oikeuspiiriin kuuluvia henkilöitä. ”Jokaisella” tarkoitetaan perustuslaissa luonnollista henkilöä, siis ihmisyksilöä. HE 309/1993 vp, s. 23. Ks. lisäksi *Hidén*, 1966, s. 759–760.

Kotikuntalain mukaan henkilön kotikunta määräytyy pääsääntöisesti tosiasiallisen asumisen perusteella. Luonnollisen henkilön kotikuntaan on kytketty oikeusvaikutuksena mm. oikeus kunnan laitosten, palvelujen ja sosiaalisten etujen käyttämiseen.[89] Terveydenhuollossa asumisperiaatteesta on poikettu oleskeluperiaatteen hyväksi kiireellisen hoidon ohella kansanterveystyöhön kuuluvassa opiskelijaterveydenhuollossa, työterveyshuollossa ja merimiesten terveydenhuollossa sekä erikoissairaanhoidon alalla opiskelijoiden hoidossa.[90] Kansalaisuus ei vaikuta asumis- ja oleskeluperiaatteen soveltamiseen.[91]

Kotikuntalain mukaisen henkilön kotikunnan on huolehdittava siitä, että henkilö saa erikoissairaanhoitolain (1062/1989) mukaisen erikoissairaanhoidon. Kunnan on myös lain 3 §:n mukaan kuuluttava erikoissairaanhoidon järjestämiseksi sairaanhoitopiirin kuntayhtymään. Maa on jaettu 20 sairaanhoitopiiriin. Sairaanhoitopiirin kuntainliiton tehtävänä on järjestää puheena olevassa laissa säädetty erikoissairaanhoito alueellaan. Sen tehtävänä on huolehtia erikoissairaanhoitopalvelujen yhteensovittamisesta ja yhteistyössä terveyskeskusten kanssa suunnitella ja kehittää erikoissairaanhoitoa siten, että kansanterveystyö ja erikoissairaanhoito muodostavat toiminnallisen kokonaisuuden. Erikoissairaanhoidosta huolehtiviin kuntayhtymiin kuuluminen on pakollista.

Sairaanhoitopiirin kuntainliiton tulee antaa alueensa terveyskeskuksille sellaisia niiden tarvitsemia erikoissairaanhoidon palveluja, joita terveyskeskusten ei ole tarkoituksenmukaista tuottaa, sekä vastata terveyskeskusten tuottamien laboratorio- ja röntgenpalvelujen, lääkinnällisen kuntoutuksen sekä muiden vastaavien erityispalvelujen kehittämisen ohjauksesta ja laadun valvonnasta. Lisäksi kuntainliiton tulee kuntalain 10 §:n mukaan alueellaan huolehtia tehtäväalaansa kohdistuvasta tutkimus-, kehittämis- ja koulutustoiminnasta.

Kunnalla on STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan viisi tapaa järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät, jotka kuuluvat kuntien järjestettäviksi asianomaisten lakien mukaan. Kunnat voivat

1) hoitaa toiminnan itse;
2) järjestää tehtävät sopimuksin yhdessä muun kunnan taikka muiden kuntien kanssa;
3) olla jäsenenä toimintaa hoitavassa kuntayhtymässä; tai
4) hankkia palveluja valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta taikka yksityiseltä palvelujen tuottajalta; taikka
5) antaa palvelunkäyttäjälle palvelusetelin, jolla kunta sitoutuu maksamaan palvelun käyttäjän kunnan hyväksymältä yksityiseltä palvelujen tuottajalta hankkimat palvelut kunnan päätöksellä asetettuun setelin arvoon asti (30.12.2003/1309).

---

89 HE 192/1994 vp, s. 76.
90 Tästä yksityiskohtaisemmin *Narikka*, 2001, s. 65 ss.
91 Ks. myös *Tuori*, 2004, s. 286 ss.

Sisällöllisesti edellä olevat 1–4 kohdat tulivat vuoden 1982 SVOL-säädökseen. Lainsäädäntöuudistuksen tavoitteena oli hallituksen esityksestä ilmenevien perustelujen mukaan tehostaa sosiaali- ja terveyspalveluissa varainkäyttöä ja parantaa myös palvelujen laatua.[92]

Edellä mainitun lain esitöiden mukaan (HE 101/1981 vp, s. 18) kunta saattoi lain voimaantultua hankkia palveluja yksityisiltä palvelujen tuottajilta. Sellaisia olivat esimerkiksi *yksityiset yhdistykset, säätiöt,* osakeyhtiöt ja yksityiset ammatinharjoittajat. Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja kunta voi hankkia niiden tuottajien kanssa tekemiensä sopimusten nojalla ja lain rajoissa. Tällaiset sopimukset ovat luonteeltaan yksityisoikeudellisia.

Hallituksen esityksen mukaan sosiaali- ja terveydenhuollon palveluilla tarkoitetaan tässä yhteydessä loppusuoritteen luonteisia palveluja. Näitä ovat esimerkiksi yksityiset lasten päiväkoti-, lastenkoti-, kehitysvammahuolto-, invalidihuolto-, vanhainkoti- ja sairaalapalvelut. Mainittuja säännöksiä ei täten olisi sovellettava esimerkiksi vain röntgenpalveluja, hoitotarvikkeita tai siivous-, pesula-, huolto-, taikka tietojenkäsittelypalveluja tuottaviin toimintayksiköihin. Kunnan järjestäessä palvelut yhdessä muun kunnan tahi muiden kuntien kanssa sekä olemalla jäsenenä kuntainliitossa, on sopimusjärjestelyssä kyse hallituksen esityksen mukaan julkisoikeudellisesta sopimuksesta kuntien välillä.[93]

Perustuslain 19 §:n säännökset eivät STVOL:n mukaan edellytä, että julkisen vallan yksikkö itse tuottaisi sosiaali- ja terveyspalvelut.[94] Myöskään hankintalaki (348/2007) ei rajoita kunnan harkintaa ja päätöksentekoa siitä, tuottaako se tarvitsemansa tavarat, palvelut tai rakennusurakat omalla organisaatiollaan vai ostaako se ne organisaationsa ulkopuolelta. Hankintalaki ei edellytä palvelujen yksityistämistä.

Sosiaalihuoltolakiin ja kansanterveyslakiin sisältyvät viittaukset mahdollisuudesta perustaa mainituissa säädöksissä määriteltyjen tehtävien hoitamista varten kuntayhtymiä. Kuntalain 76 §:n mukaan kunnat voivat hoitaa sopimuksen nojalla tehtäviään yhdessä. Kunnat voivat sopia, että tehtävä annetaan toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta taikka että tehtävän hoitaa kuntayhtymä. Kunnat voivat myös sopia, että kunnalle tai sen viranomaiselle laissa säädetty tehtävä, jossa toimivaltaa voidaan siirtää viranhaltijalle, annetaan virkavastuulla toisen kunnan viranhaltijan hoidettavaksi.

Kuntien välistä yhteistoimintaa on valtakunnallisella, alueellisella ja paikallisella tasolla. Yhteistoiminta voi olla julkisoikeudellista tai yksityisoikeudellista. Kun yhteistoiminta on julkisoikeudellista, tehtäviä voi hoitaa esimerkiksi yhden

---

92 Ks. HE 101/1981 vp, s. 4–5.
93 Ks. HE 101/1981 vp, s. 18.
94 *Tuori*, 2004, s. 52 ja *Narikka*, 2001, s. 34. Kirjoittajat ovat tukeutuneet perustuslakivaliokunnan mietintöön PeVM 25/1994 vp, s. 5.

kunnan organisaatioon kuuluva yhteinen toimielin. Tehtävät voidaan myös antaa kunnan organisaatiosta erilliselle yhteisölle, kuntayhtymälle. Kuntien yhteistoimintaa koskevat uudet säännökset tulivat voimaan vuoden 1993 alusta.[95] Kunnallisesta itsemääräämisoikeudesta johtuen lähtökohtana on yhteistoiminnan vapaaehtoisuus. Kunnat voivat itse valita, minkä kunnan tai kuntien kanssa yhteistoimintaa harjoitetaan ja missä muodossa sitä harjoitetaan.

Perussäännökset kuntayhtymän perustamisesta ja toiminnan järjestämisestä sisältyvät kuntalain 78–86 §:ään. Keskeisinä periaatteina kuntayhtymäsäännöksiä laadittaessa ovat olleet jäsenkuntien päätösvallan lisääminen sekä hallinnon järjestämisen vapaus ja joustavuus. Jäsenkunnat päättävät keskeisistä kuntayhtymän toimintaan ja hallintoon liittyvistä kysymyksistä.[96] Kuntalakia koskeneen hallituksen esityksen mukaan kunnallishallinnon uudistamisen keskeisinä tavoitteina ovat toiminnan joustavuuden lisääminen, taloudellisuuden tehostaminen ja tuottavuuden edistäminen. Palvelutuotannossa pyrittiin parantamaan myös palvelujen saatavuutta, tarjontaa ja laatua. Kuntayhtymäsäännökset ilmentävät näitä periaatteita ja antavat kunnille mahdollisuuden näiden tavoitteiden toteuttamiseen.[97]

Kuntayhtymä on esimerkki kuntien välisestä vapaaehtoisesta julkisoikeudellisen yhteistoiminnan muodosta. Vapaaehtoiseen sopimukseen perustuvan kuntayhtymän lisäksi on myös lakiin perustuvia pakollisia kuntayhtymiä.[98] Eräillä tehtäväalueilla lainsäädäntö velvoittaa kunnat keskinäiseen yhteistoimintaan. Erikoissairaanhoitolaissa, mielenterveyslaissa sekä kehitysvammaisten erityishuollosta annetussa laissa (519/1977) tarkoitettujen tehtävien järjestäminen edellyttää yleensä merkittäviä taloudellisia voimavaroja ja lisäksi riittävää väestöpohjaa. Tästä syystä riittävien ja tasapuolisten erikoissairaanhoidon ja erityishuollon palvelujen saanti maan kaikissa osissa on pyritty turvaamaan mm. aluejako- ja pakkojäsenyyssäännöksillä. Kuntayhtymien toiminta-alueet eivät useinkaan vastaa toisiaan. Kuntayhtymäsäännöksillä ei puututtu kysymyksessä olevien erityislakien nojalla määräytyvään aluejaotukseen tai pakkojäsenyyteen.[99]

Kysymys kuntien yhteistoiminnasta liittyy hankintadirektiivin soveltamiseen sikäli, että hankintadirektiivin soveltamisessa hankintana pidetään myös sellaisia hankintoja, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä. Kuntien muodostama yhteistoimintayksikkö voi toimia myös hankintalain tarkoittamana palvelujen ostajana. Oikeus-

---

95 Säännökset perustuvat kunnalliskomitean helmikuussa 1992 tekemään ehdotukseen kunnallislain muuttamisesta.

96 Kuntayhtymäsäännöksillä korvattiin aikaisemmat kuntainliittoja koskeneet säännökset.

97 HE 192/1994 vp, 59 ss.

98 Ks. *Myllymäki*, 2007, s. 249 ss.

99 HE 192/1994 vp, 58. PeVL 28/2001 vp, s. 4–6.

käytännön mukaan kysymys on ns. sidosyksikköhankinnasta, mikäli hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo toista yksikköä samalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos viimeksi mainittu yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on (*in house -hankinta*).[100]

3.5 JULKISEN HALLINTOTEHTÄVÄN SIIRTO

Perustuslain 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Yleisen hallintotehtävän luovuttamisessa on noudatettava perustuslain 124 §:n sisältämiä yleisiä edellytyksiä. Lainkohtaa koskevan hallituksen esityksen perusteluissa (HE 1/1998 vp, s. 179) todetaan, että julkisella hallintotehtävällä viitataan verraten laajaan hallinnollisten tehtävien kokonaisuuteen, johon kuuluu esimerkiksi lakien toimeenpanoon sekä yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen oikeuksia, velvollisuuksia ja etuja koskevaan päätöksentekoon sekä julkisten palvelujen tuottamiseen liittyviä tehtäviä. Edellä mainittu säännös otettiin uuteen perustuslakiin nimenomaisena julkilausuttuna säännöksenä. Julkisen hallintotehtävän siirrossa ei ole kyse lainsäädäntövallan siirrosta.[101]

Eduskunnan perustusvaliokunta on aikaisemmin voimassa olleen hallitusmuodon 1, 2 ja 84 §:ään ja hallinnon lainalaisuuden vaatimukseen ja virkavastuuseen liittyviin näkökohtiin tukeutumalla johtanut ns. valtiosääntöoikeudellisen virkamieshallintoperiaatteen. Sen mukaan julkista valtaa voivat Suomessa käyttää vain viranomaiset ja viranomaisten nimissä vain laillisesti virkoihinsa nimitetyt virkamiehet (PeVL 4/1989 vp, 37/1992 vp ja 15/1994 vp). Toisaalta valiokunta on lähtenyt siitä, ettei virkamieshallintoperiaate merkitse ehdotonta estettä antaa julkista valtaa ja julkisia tehtäviä rajoitetusti muille kuin viranomaisille, kuten valtion liikelaitoksille ja yksityisoikeudellisille yhteisöille. Tällöin valiokunta on edellyttänyt, että tehtävien hoitamisesta ja siinä noudatettavasta menettelystä annetaan riittävän yksityiskohtaiset säännökset, että oikeusturvanäkökohdat otetaan huomioon ja että julkisia tehtäviä hoitavat henkilöt kuuluvat rikosoikeudellisen virkavastuun piiriin.

---

[100] Ks. asiat C-107/98, *Teckal*, k. 50, C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, k. 40 ja C-26/03, *Stadt Halle ym.*, k. 44–51. Kansallisessa ratkaisukäytännössä sidosryhmäsuhdetta on käsitelty KHO:n ratkaisussa 30.11.2004, taltio 3048.

[101] Ks. HE 1/1998 vp, s. 178 ss. Ks. myös *Tuori*, 2004, s. 51 ss.

Yksittäisistä perusoikeuksista, joita tehtävän siirto ei saa vaarantaa, hallituksen esityksen perusteluissa (HE 1/1998 vp, s. 179) mainitaan oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä ja hyvän hallinnon takeita koskevien säännösten ohella yhdenvertaisuus ja kielelliset perusoikeudet. Merkittävää julkista valtaa, jota sisältäviä tehtäviä voidaan uskoa ainoastaan viranomaisille, on säännöksen perustelujen mukaan esimerkiksi itsenäiseen harkintaan perustuva oikeus käyttää voimakeinoja tai puuttua muulla merkittävällä tavalla yksilön perusoikeuksiin.[102]

Tarkoituksenmukaisuusarvioinnissa tulisi hallinnon tehokkuuden ja muiden hallinnon sisäisiksi luonnehdittavien tarpeiden lisäksi kiinnittää erityistä huomiota yksityisten henkilöiden ja yhteisöjen tarpeisiin. Myös hallintotehtävän luonne olisi otettava huomioon. Siten tarkoituksenmukaisuusvaatimus voi palvelujen tuottamiseen liittyvien tehtävien kohdalla täyttyä helpommin kuin esimerkiksi yksilön tai yhteisön keskeisiä oikeuksia koskevan päätöksenteon kohdalla. Tarkoituksenmukaisuusvaatimus on oikeudellinen edellytys, jonka täyttyminen jäisi tapauskohtaisesti arvioitavaksi.[103]

Koska etenkin julkisten palvelutehtävien hoitaminen on voitava järjestää joustavasti eikä tällaisten tehtävien antamisesta ole sääntelyn tavoitteiden kannalta tarpeen edellyttää säädettäväksi yksityiskohtaisesti lailla, voidaan hallituksen esityksen mukaan hallintotehtävän antamisesta muulle kuin viranomaiselle säätää tai päättää lain nojalla. Tehtävän antamisen oikeuttavan toimivallan on tällöinkin perustuttava lakiin.[104] Lain nojalla annettava päätös, jolla julkinen tehtävä tietylle yksikölle annetaan, voi olla muodoltaan valtuutus, sopimus, hyväksyntä, toimilupa tai muu sellainen päätös, josta ilmenee tehtävien uskominen tietylle yksikölle.[105] Kun hallintotehtäviä ja julkista valtaa uskotaan valtion ja kuntien viranomaisorganisaation ulkopuolelle, on asianomaisella lailla annettava takeet siitä, että hallinnon kannalta merkittävät perusoikeudet toteutuvat.[106]

Perustuslain 124 §:n säännös korostaa julkisia hallintotehtäviä hoitavien henkilöiden koulutuksen ja asiantuntemuksen merkitystä sekä sitä, että näiden henkilöiden julkisen valvonnan on oltava asianmukaista.[107]

---

[102] Perustuslakivaliokunta on pitänyt selvänä, että perustuslaki estää varsinaisen poliisitoimen yksityistämisen. PeVL 28/2001 vp, s. 6.

[103] PeVL 4/1989 vp, s. 1 ss. PeVL 37/1992 vp, s. 5 ja PeVL 15/1994 vp, s. 2. Valiokunta viittasi aikaisempaan lausuntoonsa PeVL 1/1994 vp. Ks. s. 3. Ks. julkisen vallan käsitteestä PeVM 25/1994 vp, s. 3.

[104] HE 1/1998 vp, s. 179.

[105] Ks. Välillinen valtionhallinto -hankkeen muistio, s. 13 ss.

[106] *Tuori*, 1999, s. 727 ss.

[107] Perustuslakivaliokunnan linja hallintotehtävän siirrosta ilmeni myös arpajaislain säätämisen yhteydessä. Kysymys oli avustusehdotuksen tekemiseen, avustuksen maksamiseen ja niiden käytön valvontaan liittyvästä tehtävästä. Perustuslain kannalta näiden tehtävien siirtoa ei pidetty ongelmallisena, kun otettiin huomioon, että laissa säädettävistä tehtävistä ei sinänsä johdu rahape-

Oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimukset koskevat ennen muuta julkiseen hallintotehtävään liittyvää päätöksentekoa. Tällöin olisi kiinnitettävä huomiota mm. yhdenvertaisuuteen (6 §), yksilön kielellisiin perusoikeuksiin (17 §), oikeuteen tulla kuulluksi, vaatimukseen päätösten perustelemisesta ja oikeuteen hakea muutosta (ks. PeVL 19/1996 vp). Oikeusturvan ja hyvän hallinnon vaatimuksia olisi yleisesti tulkittava yhteydessä 21 §:ään ja muihin perusoikeussäännöksiin. Säännöksen tulkinnassa on mahdollista saada tukea perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännöstä.[108]

Sosiaali- ja terveyspalvelujen hankkiminen yksityisiltä palvelujentuottajilta on mahdollista kuntalain 2 §:n 3 momentin yleissäännöksen ja STVOL (733/1992) 4 §:n 1 momentin 4 kohdan perusteella. Edellisen mukaan kunnan on hoidettava laissa sille määrätyt tehtävät itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Kunta voi kuitenkin hankkia myös muilta palveluntuottajilta *tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja*. Jälkimmäinen säännös puolestaan antaa kunnalle mahdollisuuden järjestää sosiaali- ja terveydenhuollon alaan kuuluvat tehtävät, paitsi hoitamalla toiminnan itse tai kuntien yhteistoiminnan puitteissa, myös *hankkimalla palveluja* julkisilta tai yksityisiltä palvelujen tuottajilta.[109]

Molemmat edellä todetut säädökset koskevat kunnan lakisääteisiä tehtäviä. Ne perustuvat tehtävien ja palvelujen käsitteelliselle erottelulle. Kunta ei voi sen paremmin kuntalain kuin STVOL-säännöksenkään nojalla siirtää yksityisille velvollisuuttaan hoitaa (KuntaL) tai järjestää (STVOL) lakisääteiset tehtävänsä. Lainsäädännön esityöt eivät kuitenkaan anna yksiselitteistä johtoa siihen, mitä täsmällisesti ottaen kuuluu kunnalle – tai kuntien yhteistoimintamuodoille – jäävän tehtävien hoitamis- tai järjestämisvelvollisuuden piiriin ja mitä puolestaan palveluihin, jotka sopimusperusteisesti voidaan uskoa yksityisille palvelujen tuottajille.

Eräs keskeinen rajankäynnissä käytettävä kriteeri koskee *julkisen vallan käyttöä*. Niinpä sosiaali- ja terveydenhuollon päätöksentekoa sosiaalisten etuuksien, kuten lakisääteisten sosiaalipalvelujen, myöntämisestä ei voida uskoa yksityiselle palvelun tuottajalle, vaan se kuuluu kunnalliselle elimelle. Kuntalain 2 §:n 3 momentti tai STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohta ei vielä riitä vaadittavaksi valtuutusperustaksi.[110] Palvelun tuottamisesta annettu vastuu ei vaaranna perusoikeuksia siten, ettei sitä voitaisi siirtää myös yksityisille organisaatioille. Tämä periaate sisältyy jo STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohtaan. Yksilöllisten hyvinvointipalvelujen jakaminen perustuu hallinnollisiin päätöksiin, joita säädellään

---

liyhteisölle pakkokeinojen käyttö- ja muita toimivaltuuksia esimerkiksi avustuksensaajan varainhoidon tarkastamiseksi. Ks. PeVL 23/2000 vp, s. 5.

[108] Ibid.

[109] *Tuori*, 2004, s. 53 ss.

[110] Ibid.

julkisoikeudellisella lainsäädännöllä. Palvelun (esimerkiksi terveydenhuoltopalvelun) sisältö ei sinänsä ole julkisoikeudellinen.[111]

Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön perusteella päädytään kantaan, jonka mukaan vastuuta sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyvistä etuuspäätöksistä ei ole mahdollista siirtää puhtaasti yksityisoikeudelliselle organisaatiolle vaarantamatta yksilön perusoikeuksia. Siten järjestöjen kunnan ostosopimukseen perustuvat sosiaalipalvelut ovat yksityisen organisaation tuottamia palveluja ilman viranomaisvastuuta.[112] Palveluja koskeva vastuun siirto olisi kyllä mahdollista toteuttaa lailla siten, että edellä todetut perusoikeuksien toteutumisen takeet varmistettaisiin saattamalla hyvän hallinnon takeet koskemaan tehtävän saanutta yksikköä riittävän yksityiskohtaisella lailla. Samalla tehtävän vastaanottaneesta organisaatiosta tulisi kuitenkin viranomaispiiriin kuuluva yksikkö.[113]

Sosiaali- ja terveyspalveluja koskevat etuuspäätökset kuuluvat kuntaviranomaisen tehtäväpiiriin, jolloin päätökset taloudellisten resurssien varaamisesta ja priorisoinneista tehdään kunnallisen demokratian puitteissa. Delegointia, jossa vastaava kunnallista demokratiaa korvaava päätösmenettely tapahtuisi yksityisessä, tehtävän saaneessa organisaatiossa, on vaikea kuvitella järjestettäväksi tarkoituksenmukaisella tavalla. Esimerkiksi Kansaneläkelaitoksen lainsäädännöllinen perusta on perustuslain 36 §:n 1 momentissa. Eduskunta valitsee valtuutetut valvomaan Kansaneläkelaitoksen hallintoa ja toimintaa sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään.[114]

---

[111] Ks. yksityiskohtaisemmin *Mäenpää*, 2003, s. 130 ss.

[112] Tämä rajanveto ilmenee suoraan yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta annettua lakia (603/1966) koskevasta hallituksen esityksestä. Sen mukaan sosiaalipalveluissa esimerkiksi yleishyödyllisten yhteisöjen tuottamat palvelut, joiden toiminnan rahoitus on osin julkista, muodostavat merkittävän osan yksityisistä palveluista. Tällaiset toimintamuodot kuuluisivat lain soveltamisalan piiriin. Lakia ei sovelleta julkisyhteisöjen tuottamiin sosiaalipalveluihin. Ks. HE 22/1996 vp, s. 3.

[113] Pajukoski on tarkastellut perustuslain 124 §:n merkitystä ehkäisevää sosiaalipolitiikkaa toteuttavien palvelujen järjestämisen yhteydessä. Periaatteellista estettä ei hänen mukaansa ole sille, että ehkäiseviksi tarkoitettujen palvelujen järjestäminen, neuvonta tai taloudellisen tuenkaan maksaminen annettaisiin sosiaali- ja terveydenhuollossa yksityiselle palveluntuottajalle. Sen sijaan yleisten ja rakenteellisten ehkäisemiseen liittyvien tehtävien siirtäminen yksityiselle ei näytä mahdolliselta silloinkaan, kun tehtävien hoito ei edellytä huomattavaa julkisen vallan käyttöä, kuten valvonnassa. Johtopäätös vastaa siten yllä tässä tutkimuksessa tehtyä. *Pajukoski*, 2006, s. 320.

[114] Ks. *Mäenpää,* 1999, s. 1039.

3.6 PALVELUJEN SISÄLTÖ

3.6.1 Sosiaalihuollon palvelut

Sosiaalihuoltolain (SHL) 5 §:n 1 momentin mukaan kunnan on pidettävä huolta sosiaalihuollon suunnittelusta ja toteuttamisesta sen mukaan kuin kyseisessä laissa tai muutoin säädetään. SHL 13 §:n 1 momentin mukaan kunnan on huolehdittava mm. sosiaalipalvelujen järjestämisestä asukkailleen, ohjauksen ja neuvonnan järjestämisestä sosiaalihuollon ja muun sosiaaliturvan etuuksista ja niiden hyväksikäyttämisestä, sekä sosiaalihuoltoa ja muuta sosiaaliturvaa koskevan tiedotustoiminnan järjestämisestä. Kunnan sosiaalihuollon tehtäviin kuuluu pykälän mukaan myös sosiaalihuoltoa ja muuta sosiaaliturvaa koskeva koulutus-, tutkimus-, kokeilu- ja kehittämistoiminta.

SHL 17 §:n 1 momentin mukaan kunnan on huolehdittava sosiaalipalveluiden järjestämisestä. Sosiaalihuollon palveluihin kuuluvat *sosiaalityö* (sisällöllinen määritelmä SHL 18 §:ssä), *kasvatus- ja perheneuvonta* (SHL 19 §), *kotipalvelut* (SHL 21 §), *asumispalvelut* (SHL 23 §), *laitoshuolto* (SHL 24 §), *perhehoito* (SHL 25 §) ja *omaishoidon tuki* (Laki omaishoidon tuesta, 937/2005, OHTL 2 §).

Sosiaalipalvelujen järjestäminen tapahtuu ensisijaisesti SHL:n perusteella, mikä ilmenee kyseisen lain 1 §:n 2 momentista. Sen mukaan lain säännöksiä sovelletaan sosiaalihuoltoon siltä osin kuin siitä ei lailla ole erikseen toisin säädetty. SHL 17 §:n 1 momentin perusteella kunnan velvollisuus sisältää lasten ja nuorten huollon, lasten päivähoidon, kehitysvammaisten erityishuollon, vammaisuuden perusteella järjestettävien palvelujen ja tukitoimien sekä päihdyttävien aineiden väärinkäyttäjien huoltoon kuuluvien palveluiden, lastenvalvojalle säädettyjen tehtävien ja muiden isyyden selvittämiseen ja vahvistamiseen, elatusavun turvaamiseen, ottolapsineuvontaan, perheasioiden sovitteluun sekä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevan päätöksen täytäntöönpanossa toimitettavaan sovitteluun kuuluvien toimenpiteiden ja muiden sosiaalipalveluiden järjestämisen sekä kuntouttavasta työtoiminnasta annetussa laissa (189/2001) säädetyt tehtävät sen mukaan kuin niistä lisäksi erikseen säädetään (2.3.2001/190).

Jos sosiaalihuollon asiakas tarvitsee kuntoutusta, jota ei ole säädetty sosiaalihuollon tehtäväksi tai jota ei ole tarkoituksenmukaista järjestää sosiaalipalveluna, 17 §:n 3 momentin mukaan sosiaalihuollon tehtävänä on huolehtia siitä, että asianomaiselle annetaan tietoja muista kuntoutusmahdollisuuksista ja että hänet ohjataan tarpeen mukaan muiden viranomaisyksiköiden piiriin (esimerkiksi terveydenhuoltoviranomainen ja Kansaneläkelaitos).

Asumispalveluja ja laitoshuoltoa on aikaisemmin pidetty subjektiivisen oikeuden luonteisina etuuksina. SHL:a muutettiin vuonna 1992 (736/1992) siten, että lain 27 §:n 1 momenttia ei enää kirjoitettu kunnille ehdottoman velvollisuu-

den antavaan muotoon. Säännöksen sanamuodon mukaan ”kunta voi perustaa, hankkia tai muuten varata paikallista tarvetta vastaavan määrän palvelu- ja tukiasuntoja sekä laitospaikkoja”. Vaikka asumispalveluiden ja laitoshuollon katsottiin olevan määrärahasidonnaisia etuuksia, tästä ei kuitenkaan välttämättä seuraa, että subjektiivisilla oikeuksilla ei olisi esimerkiksi laitoshuollossa merkitystä. Jos henkilölle on myönnetty laitospaikka, häneen sovelletaan sosiaalihuoltoasetuksen 11 §:n säännöstä. Sen mukaan hänelle on järjestettävä hänen ikänsä ja kuntonsa mukainen tarpeellinen kuntoutus, hoito ja huolenpito.[115] Perustuslain 19 §:n 1 momentin säännöksellä oikeudesta ihmisarvoisen elämän edellyttämään välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon voidaan yksittäisissä tilanteissa perustella subjektiivista oikeutta esimerkiksi asumispalveluun taikka kotipalveluina tai laitoshuoltona järjestettävään vanhuksen hoitoon.[116]

Lastensuojelulain (LSL) mukaan lastensuojelun tarkoituksena on turvata lain 1 §:ssä mainitut oikeudet vaikuttamalla yleisiin kasvuoloihin, tukemalla huoltajia lasten kasvatuksessa sekä toteuttamalla perhe- ja yksilökohtaista lastensuojelua. Lapsella on oikeus turvalliseen ja virikkeitä antavaan kasvuympäristöön, tasapainoiseen ja monipuoliseen kehitykseen sekä etusija erityiseen suojeluun. Perhe- ja yksilökohtaista lastensuojelua ovat avohuollon tukitoimet, huostaanotto ja sijaishuolto sekä jälkihuolto (LSL 8 §). Lastensuojelulaitoksia, joissa voidaan järjestää lasten sijaishuoltoa ja laitoshuoltoa tukitoimena, ovat lastenkodit, nuorisokodit ja koulukodit sekä muut näihin rinnastettavat lastensuojelulaitokset (LSL 29 §).

Sosiaalilautakunta voi järjestää lapsen sijaishuollon lastensuojelujärjestön tai muun sosiaalihuollon palveluja antavan yhteisön avustuksella (LSL 43 §). LSL:n nojalla kunnan järjestämään toimintaan sovelletaan sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annettua lakia, jollei lailla ole toisin säädetty (LSL 5 §).

On kiistatonta, että alle kouluikäisten lasten huoltajilla *on subjektiivinen oikeus* valintansa mukaan joko päivähoitopaikkaan taikka lasten kotihoidon tai yksityisen hoidon tukeen. Muiden kuin alle kouluikäisten lasten päivähoito kuuluu pelkästään kunnalle päivähoitolain (36/1973, LPHL) 11 §:ssä säädettyyn yleiseen järjestämisvelvollisuuteen asti, eikä sitä vastaa huoltajan subjektiivinen oikeus.[117]

Vammaisuuden perusteella järjestettävistä palveluista ja tukitoimista annetun lain (380/87, VPL) mukaan tukitoimia järjestetään silloin, kun vammainen hen-

---

[115] *Tuori*, 2004, s. 262 ss. Eduskunnan oikeusasiamies on asumispalvelujen järjestämisvastuuta koskevassa kannanotossaan 296/1999 perustellut kantaansa myös perustuslain 19 §:n 1 momentilla.

[116] Ibid.

[117] *Tuori*, 2004, s. 266 ss.

kilö ei saa riittäviä ja hänelle sopivia palveluja tai etuuksia muun lain nojalla (VPL 4 §). Vammaisella henkilöllä tarkoitetaan laissa henkilöä, jolla vamman tai sairauden johdosta on pitkäaikaisesti erityisiä vaikeuksia suoriutua tavanomaisista elämän toiminnoista. *Subjektiivisiksi oikeuksiksi* on säädetty eräät vaikeavammaisille tarkoitetut palvelut ja tukitoimet. Näitä ovat kohtuulliset kuljetuspalvelut niihin liittyvine saattajapalveluineen, palveluasuminen samoin kuin korvaus asunnon muutostöiden sekä asuntoon kuuluvien välineiden ja laitteiden hankkimisesta aiheutuvista kohtuullisista kustannuksista. Kunnalla ei ole velvollisuutta järjestää palveluasumista taikka suorittaa korvausta edellä mainituista muutostöistä ja hankinnoista, jos henkilö on jatkuvan laitoshoidon tarpeessa (VPL 8 § 2 mom.). Lisäedellytykseksi on laissa asetettu se, että vaikeavammainen tarvitsee etuutta välttämättä vammansa tai sairautensa vuoksi.

Pelkästään yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin kuuluvina määrärahasidonnaisina etuuksina VPL 8 §:n 1 momentissa ja 9 §:n 1 momentissa mainitaan mm. korvaus henkilökohtaisen avustajan palkkaamisesta aiheutuvista kustannuksista, korvaus päivittäisistä toiminnoista suoriutumisessa tarvittavien välineiden, koneiden ja laitteiden hankkimisesta sekä korvaus ylimääräisistä kustannuksista, jotka aiheutuvat vamman tai sairauden edellyttämän tarpeellisen vaatetuksen ja erityisravinnon järjestämisestä.[118]

Huomattava on VPL (12 §) edellyttämä yhteistoimintavelvoite: kunnan tulee vammaisten henkilöiden olosuhteiden edistämiseksi toimia yhteistyössä eri viranomaisten, laitosten, vammaisjärjestöjen sekä muiden sellaisten yhteisöjen kanssa, joiden toiminta läheisesti liittyy vammaisten henkilöiden elinoloihin.

Kehitysvammaisten erityishuollosta annetun lain mukaan (519/1977, KVL) erityishuoltoa annetaan henkilölle, jonka kehitys tai henkinen toiminta on estynyt tai häiriintynyt synnynnäisen tai kehitysiässä saadun sairauden, vian tai vamman vuoksi ja joka ei muun lain nojalla voi saada tarvitsemiaan palveluita (KVL 1 §). Laki on siten erityislaki. Erityishuollon palveluja ovat mm. terveydenhuolto, ohjaus, kuntoutus ja toiminnallinen valmennus sekä työtoiminnan ja asumisen järjestäminen, apuvälineiden järjestäminen ja muu erityishuollon toteuttamiseksi tarpeellinen toiminta (KVL 2 §).[119]

Kehitysvammaisten erityishoitoon kuuluvista palveluista on säädetty KVL 2 §:ssä. Erityishuoltoon kuuluvina palveluina mainitaan mm. terveydenhuolto, tarpeellinen ohjaus, kuntoutus sekä toiminnallinen valmennus, työtoiminnan ja asumisen järjestäminen sekä muu vastaava yhteiskunnallista sopeutumista edistävä toiminta, henkilökohtaisten apuneuvojen ja apuvälineiden järjestäminen

---

[118] Ks. myös *Tuori*, 2004, s. 267. Tuori katsoo, että sosiaalihuoltoasetuksen (607/1983) 11 §:n säännöksestä johtuen voidaan perustella kantaa, jonka mukaan laitoshuollossa olevalla on subjektiivinen oikeus säännöksissä tarkoitettuun tarpeelliseen kuntoutukseen, hoitoon ja huolenpitoon.
[119] Ks. *Tuori*, 2004, s. 270.

sekä yksilöllinen hoito ja muu huolenpito. *Tuori* perustelee kantaa, jonka mukaan kehitysvammaisella on *subjektiivinen oikeus* saada erityishuoltoa, mutta ei sen sijaan jotakin siihen kuuluvaa palvelua. Poikkeuksena ovat kuitenkin huollon saamiseksi välttämättömät kuljetuspalvelut. *Lex specialis -periaatteen* mukaisesti kehitysvammalaki erityislakina sivuuttaa vammaispalvelulain.[120]

Päihdehuoltolain (41/1986, PHL) tavoitteena on ehkäistä ja vähentää päihteiden ongelmakäyttöä sekä siihen liittyviä sosiaalisia ja terveydellisiä haittoja sekä edistää päihteiden ongelmakäyttäjän ja hänen läheistensä toimintakykyä ja turvallisuutta. Kunnan on huolehdittava siitä, että päihdehuolto järjestetään sisällöltään ja laajuudeltaan sellaiseksi kuin kunnassa esiintyvä tarve edellyttää. PHL 7 §:n mukaan päihdehuollon palveluja tulee antaa henkilölle, jolla on päihteiden käyttöön liittyviä ongelmia, sekä hänen perheelleen ja muille läheisilleen. Palveluja on annettava henkilön, hänen perheensä ja muiden läheistensä avun, tuen ja hoidon tarpeen perusteella. Tätä on sekä oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa alettu tulkita siten, että kyse on subjektiivisesta oikeudesta. *Tuorin* mukaan on perusteltua omaksua tulkinta, jonka mukaan lain 7 §:ssä tarkoitetulla henkilöllä on *subjektiivinen oikeus* saada huoltoa, mutta ei juuri tiettyä huollon tarvetta tyydyttävää palvelua, kuten hoitoa laitoksessa. Tätä kantaa on tulkittu ainakin tilanteissa, joissa henkilö on tuomioistuimessa pystynyt osoittamaan tarvitsevansa yksilöimäänsä palvelua.[121]

Vuonna 2001 voimaan tulleen kuntouttavasta työtoiminnasta annetun lain (189/2001) mukaisilla toimenpiteillä parannetaan pitkään jatkuneen työttömyyden perusteella työmarkkinatukea tai toimeentulotukea saavan henkilön edellytyksiä työllistyä avoimilla työmarkkinoilla. Lailla edistetään myös hänen mahdollisuuksiaan osallistua koulutukseen tai muuhun työhallinnon työllistymistä edistävään toimenpiteeseen. Lakia sovelletaan 3 §:n mukaan aktivointisuunnitelman laatimiseen ja kuntouttavan työtoiminnan järjestämiseen alle 25-vuotiaalle työmarkkinatukeen oikeutetulle tai toimeentulotukea saavalle. Lain 6 §:n mukaan kuntouttavan työtoiminnan järjestää kunta. Lainkohdan 4 momentin mukaan kuntouttavan työtoiminnan kustannuksia korvataan kunnalle valtion varoista kyseisen lain mukaan.

SHL (17 § 2 momentti) sisältää myös lukuisia *muita sosiaalipalveluja* koskevia tehtäviä. Näitä ovat lastenvalvojan tehtävät, isyyden selvittämiseksi ja vahvistamiseksi tarvittavat kunnan toimenpiteet, elatusavun turvaaminen, ottolapsi-

---

[120] *Tuori*, 2004, s. 271.

[121] Ks. *Tuori*, 2004, s. 272. Tuori perustelee kantaansa mm. korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisulla 22.9.2000 (T 2366). Sen mukaan säännös (eli päihdehuoltolain 7 §) ”ei kuitenkaan takaa hakijalle oikeutta saada päihdehuoltoa nimenomaan hänen haluamallaan tavalla, ellei hänen avun, tuen tai hoidon tarpeensa sitä välttämättä edellytä”.

neuvonta, perheasioiden sovittelu sekä lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevien päätösten täytäntöönpanoon liittyvä sovittelu.

3.6.2 Terveydenhuollon palvelut

Terveydenhuollon palvelut menevät osittain lomittain sosiaalihuollon palvelujen kanssa. Terveydenhuollon yleislakina on kansanterveyslaki (KTL), joka sisältää säännökset kansanterveystyön palveluista. Kansanterveystyö kuuluu kunnan yleiseen järjestämisvelvollisuuteen. Erikoissairaanhoitoon ja lääkinnälliseen kuntoutukseen liittyvistä palveluista säädetään erikoissairaanhoitolaissa. Mielenterveystyöhön kuuluvista palveluista säädetään mielenterveyslaissa. Edellä olevien lakien perusteella on annettu myös lakeja täydentävät asetukset.

KTL 14 §:n 1 momentti määrittelee kansanterveystyön eri osa-alueet:

1) *Terveysneuvonta.* Kunnan tulee ylläpitää terveysneuvontaa, johon luetaan kansanterveydellinen valistustyö, raskauden ehkäisyneuvonta siihen sisältyen, ja kunnan asukkaiden yleisten terveystarkastusten järjestäminen (1 kohta).
2) *Sairaanhoito.* Kunnan asukkaiden sairaanhoito, johon luetaan lääkärin suorittama tutkimus ja hänen antamansa tai valvomansa hoito ja lääkinnällinen kuntoutus (2 kohta).
3) *Mielenterveyspalvelut.* Kansanterveystyöhön kuuluvat ne mielenterveyspalvelut, jotka on tarkoituksenmukaista antaa terveyskeskuksessa. Tällöin otetaan huomioon, mitä mielenterveyslaissa on säädetty (2 a kohta).

Mielenterveyslain (1116/1990, MTL) 4 §:n 1 momentissa on säännös yleisestä järjestämisvelvollisuudesta, joka vastaa sisällöltään sosiaalihuollon erityislakien, kuten päihdehuoltolain 3 §:n ja vammaispalvelulain 3 §:n säännöksiä. Kunnan ja kuntayhtymän on huolehdittava siitä, että mielenterveyspalvelut järjestetään sisällöltään ja laajuudeltaan sellaisiksi kuin alueella esiintyvä tarve edellyttää. Laki ei kuitenkaan täsmällisesti määrittele palveluja, jota tämän velvollisuuden täyttämiseksi on järjestettävä. Niitä voidaan järjestää osana kansanterveyslain mukaista kansanterveystyötä, erikoissairaanhoitolain mukaista erikoissairaanhoitoa ja sosiaalilain mukaista sosiaalihuoltoa (3 §).[122]

MTL:a koskevan hallituksen esityksen perusteluissa (HE 201/1989 vp, s. 14) viitataan paitsi siihen, että tuki- ja palveluasuminen kuuluvat sosiaalihuoltolain 17 ja 22 §:n mukaan sosiaalipalveluina annettaviin asumispalveluihin, myös erikoissairaanhoitolain 12 §:ään, jonka mukaisesti sairaanhoitopiirillä voi sairaaloiden ohella olla muitakin toimintayksiköitä, kuten erillisiä asuntoloita. Esityksessä todettiin niin ikään, että kunnalla on vammaispalvelulain 8 §:n 2 momentin

[122] *Tuori*, 2004, s. 278 ss.

nojalla velvollisuus järjestää vaikeavammaisiksi katsottavien mielenterveyspotilaiden tuki- tai palveluasuminen. Mielenterveyspalvelujen järjestämisessä on huolehdittava siitä, että mielenterveystyöstä muodostuu toiminnallinen kokonaisuus.[123] *Tuorin* mukaan on kuitenkin ilmeistä, ettei mielenterveyslain 5 §:n 2 momentin mukainen järjestämisvelvollisuus rajoitu pelkästään potilaisiin, jotka täyttävät vammaispalveluasetuksen 11 §:ssä säädetyt vaikeavammaisen kriteerit, ja joilla siten on palveluasumiseen vammaispalvelulain 8 §:n 2 momenttiin perustuva subjektiivinen oikeus.[124]

Lisäksi KTL 14 §:n 1 momentti sisältää kansanterveystyön tehtävinä sairaankuljetuspalvelut, hammashoidon ja kouluterveydenhuollon. Sairaankuljetuksen järjestämistä koskeva velvollisuus ei koske sairaankuljetuksessa tarvittavien ilma-alusten sekä kelirikkokelpoisten ja vastaavien erityiskulkuneuvojen hankintaa ja ylläpitoa siten kuin asetuksella tarkemmin säädetään (3 kohta).[125]

Kunnan tehtäviin kuuluu lisäksi ylläpitää opiskelijaterveydenhuoltoa myös sen alueella sijaitsevien, edellä tarkoitettua koulutusta järjestävien oppilaitosten opiskelijoille näiden kotipaikasta riippumatta, ellei sitä ole järjestetty muulla sosiaali- ja terveysministeriön hyväksymällä tavalla. Kunnan velvollisuutena on järjestää työterveydenhuoltolain (1385/2001) 12 §:ssä tai muissa säädöksissä säädettyjä työterveydenhuoltopalveluja kunnan alueella sijaitsevissa työ- ja toimipaikoissa työskenteleville työntekijöille. Edelleen, kunnan tehtävänä on järjestää myös kunnan alueella toimiville yrittäjille ja muille omaa työtään tekeville soveltuvin osin työterveyslain 12 §:ssä ja sen nojalla annetuissa säädöksissä tarkoitettua työterveydenhuoltoa, järjestää asetuksella tarkemmin määrättävistä seulonnoista ja joukkotarkastuksista sekä potilaan asuinpaikasta riippumatta kiireellinen avosairaanhoito.

Erikoissairaanhoidolla tarkoitetaan siitä annetun lain (ESHL) 1 §:n 2 momentin mukaan lääketieteen ja hammaslääketieteen erikoisalojen mukaisia sairauden ehkäisyyn, tutkimiseen, hoitoon, lääkinnälliseen pelastustoimintaan sekä lääkinnälliseen kuntoutukseen kuuluvia terveydenhuollon palveluja. Pykälän 3 momentin mukaan lääkinnälliseen kuntoutukseen luetaan kuntouttavien hoitotoimenpiteiden lisäksi neuvonta, kuntoutustarvetta ja -mahdollisuuksia selvittävä tutkimus, apuvälinehuolto sekä sopeutumisvalmennus- ja ohjaustoiminta ja muut näihin rinnastettavat toiminnat siltä osin kuin kuntoutusta ei ole säädetty kansaneläkelaitoksen tehtäväksi. ESHL 47 §:n mukaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymälle, jossa on yliopistollinen sairaala, suoritetaan valtion varoista korvausta

---

[123] HE 201/1989 vp, s. 14.
[124] *Tuori*, 2004, s. 279 ss.
[125] Lain nojalla on annettu asetus sairaankuljetuksesta 28.6.1994/565. Asetuksessa on määritelty mm. sairaankuljetuksen eri tasot, esim. perustason sairaankuljetus ja hoitotason kuljetus, sekä terveyskeskuksen ja sairaanhoitopiirin tehtävät.

niihin kustannuksiin, jotka aiheutuvat lääkärin perus- ja erikoistumiskoulutuksesta sekä yliopistotasoisesta terveystieteellisestä tutkimustoiminnasta.

Myös kunnan KTL:n nojalla järjestämään toimintaan sovelletaan sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annettua lakia, jollei lailla toisin säädetä. Vastaava säännös on sisällytetty erikseen mm. mielenterveyslakiin ja erikoissairaanhoitolakiin.

3.7 PALVELUJEN RAHOITUS

3.7.1 Verotusoikeus

Erottamattomana osana perustuslain turvaamaan kunnalliseen itsehallintoon kuuluu myös taloudenhoidon omavastuisuus. Molemmat tekijät ovat loogisessa suhteessa toisiinsa.[126] Kunnan verotulot ovat valtionosuuksien ohella merkittävin palvelujen rahoituslähde.[127] Verotusoikeuden kunnalle antaa perustuslain 121 §:n 3 momentin säännös. Sen mukaan verovelvollisuuden ja veron määräytymisen perusteista sekä verovelvollisen oikeusturvasta säädetään lailla.[128] Perusoikeusuudistuksen valmistelun eri vaiheissa pyrittiin ottamaan huomioon erilaisten taloudellisten tilanteiden vaatima joustavuus. Erityisesti on korostettu sitä, että perusoikeuksia ei ole kytketty mihinkään voimassa olevaan sosiaaliturvajärjestelmään. Perusoikeuksien laadinnassa on hallituksen mukaan pidetty silmällä säännösten kykyä sopeutua yhteiskuntakehitykseen.[129]

Vuoden 1996 alusta voimaan tulleen kuntalain tavoitteena oli parantaa kunnan mahdollisuuksia säilyttää vuotuisten menojen ja tulojen tasapaino. Menot haluttiin saattaa tuloja pienemmiksi rakenteellisilla säästötoimenpiteillä eli toimintaa supistamalla, koska kuntien kyvyn selviytyä rahoitusvelvoitteistaan nähtiin nopeasti heikkenevän. Kunnallistalouden säätelyn tuli tukea sellaista toimintamallia, jossa toiminta ja menot sovitetaan kullakin hetkellä käytettävissä oleviin tulolähteisiin. Kuntalaissa on annettu kunnalle laajat valtuudet päättää verojen ja maksujen perusteista, palvelutasosta ja menorasituksesta sekä investointien ra-

---

126 Ks. *Myllymäki,* 2007, s. 194 ss.

127 Kunta voi saada näiden lisäksi mm. omaisuustuloja sekä liiketoiminnan tuottoa liikelaitoksistaan tai omistamistaan osakeyhtiöistä. Ks. *Myllymäki*, 2007, s. 243 ss.

128 Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 9(1) artiklan mukaan paikallisviranomaiset ovat kansallisen talouspolitiikan rajoissa oikeutettuja riittäviin omiin taloudellisiin voimavaroihin, joiden käytöstä ne voivat vapaasti määrätä toimivaltuuksiensa rajoissa.

129 HE 309/1993 vp, s. 35.

hoituksesta ja ajoituksesta sekä toiminnan järjestämisestä tehokkaasti ja taloudellisesti.[130]

Tavoitteena oli myös parantaa taloudenhoidosta saatavaa informaatiota. Hallituksen esityksessä katsottiin, että poliittisen arvokeskustelun herättäminen ja sen pohjalta lähtevä tavoitteiden ja strategioiden määrittely ei edellytä lakiin perustuvaa ohjausta. Sen sijaan kunnan toiminnan ja talouden tasapainottaminen on niin keskeinen tavoite, että säännös talousarviovuoden kattavasta suunnitteluvelvoitteesta tulisi ottaa kuntalakiin.

Kuntalakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 192/1994 vp, s. 49–50) kiinnitettiin huomiota myös kuntien toimintamalliin niiden järjestäessä palveluitaan. Palvelujen maksullisuus ja kilpailu yksityissektorin kanssa tuo uusia, kevyempiä tuotannon ohjausmekanismeja, kuten sisäisen hinnoittelun sekä sisäiset ja ulkoiset markkinat, jotka korvaavat normiohjausta. Huomiota on kiinnitetty myös kunnan tilaaja–tuottaja-mallin käytön kehittämiseen.[131]

Kuntalain 65 § sisältää talousarvioita ja -suunnitelmaa koskevat perussäännökset. Edustuksellisen kansanvallan pääperiaatteiden mukaisesti valittu kunnanvaltuusto vastaa kuntalain 13 §:n mukaan kunnan toiminnasta ja taloudesta.[132] Valtuuston tulee mm. päättää kunnan toiminnan ja talouden keskeisistä tavoitteista (1 kohta) sekä kunnan palveluista ja muista suoritteista perittävien maksujen yleisistä perusteista (4 kohta). Taloussuunnitelmassa hyväksytään siten kunnan toiminnalliset ja taloudelliset tavoitteet.[133] Kuntalain 14 §:n perusteella kunta voi johtosäännöllä siirtää toimivaltaansa kunnan muille toimielimille sekä luottamushenkilöille ja viranhaltijoille. Kunnan toimielimiä ovat lain 17 §:n mukaan valtuuston lisäksi kunnanhallitus, lautakunnat ja johtokunnat sekä niiden jaostot ja toimikunnat.

3.7.2 Valtionosuus

Vuonna 1992 säädetyn STVOL 1 §:n soveltamisalaa koskevan rajauksen mukaan kyseistä lakia sovelletaan sosiaalihuollon suunnitteluun tai valtionosuuteen, jos muussa laissa (erityislaki) niin säädetään. Jo vuoden 1981 valtionosuuslainsäädännön uudistuksella (1982 SVOL) haluttiin tukea sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä kunnan itsenäistä päätöksentekoa. Samalla haluttiin kuitenkin estää valtiontalouden kannalta kunnan päätöksenteon optimointi siten, että kunta siirtäisi rahoitusvastuuta valtiolle joko ohjaamalla asiakkaat valtion avulla toimi-

[130] Ks. KM 1993:33, s. 157.
[131] HE 192/1994 vp, s. 49–50.
[132] Ks. myös *Myllymäki*, 2007, s. 195 ss.
[133] Ks. myös HE 192/1994 vp, s. 53.

viin järjestöjen ylläpitämiin laitoksiin, taikka ohjaamalla omaa toimintaa siten, että valtionosuus olisi mahdollisimman suuri.[134]

SVOL:n tarkoituksena oli katkaista se kehitys, jossa kunnat ja kuntainliitot olivat pyrkineet kehittämään toimintojaan erityisesti niillä aloilla, joilla valtionosuus oli korkein. Uudistuksessa luovuttiin myös laitoskohtaisesta valtionavusta, jota oli suoritettu suoraan yksityisten yhteisöjen tai säätiöiden ylläpitämille toimintayksiköille.[135]

Tämän tutkimuksen kannalta keskeisimmät sosiaalioikeuden yleislait, joissa viitataan STVOL:n soveltamiseen, ovat sosiaalihuoltolaki ja kansanterveyslaki. Kuntien yleisestä valtionosuudesta, tehtäväkohtaisista valtionosuuksista ja rahoitusavustuksista on säädetty kuntien valtionosuuslaissa (1147/1996, KVOL). Lailla on säädetty myös valtion ja kuntien välisestä kustannusvastuun jaosta ja valtionosuuden tasauksesta sekä harkinnanvaraisista rahoitusavustuksista kunnille. Laissa säädetään valtion ja kuntien välisestä kustannustenjaosta.[136]

Erityislailla STVOL:n yhteydessä tarkoitetaan lain suhdetta muuhun lainsäädäntöön, eikä sitä näin ollen pidä sekoittaa aikaisemmin sosiaalilainsäädännön sisällä käytettyyn terminologiaan. Esimerkiksi sosiaalihuoltolaki on STVOL:iin nähden edellä tarkoitetussa mielessä erityislaki, vaikka sosiaalihuoltolaki on esimerkiksi kehitysvammalakiin (519/77) nähden yleislaki.

Valtionosuusjärjestelmän avulla valtio korvaa kunnille osan niistä kustannuksista, joita kunnille säädettyjen tehtävien hoidosta aiheutuu. Järjestelmän tarkoituksena on tasata tulo- ja menotasoltaan erilaisten kuntien mahdollisuuksia julkisten palvelujen järjestämiseen siten, että verorasitus pysyy kohtuullisena.[137]

Myllymäki on tiivistänyt vuoden 1993 alusta voimaan tulleen järjestelmän uudistuksen tavoitteet seuraavasti: kustannusperusteisten valtionosuuksien korvaaminen laskennallisilla, kuntakohtaisilla valtionosuuksilla, valtion ja kuntien välisen kustannusten jaon säilyttäminen sekä kuntien toiminnallisen liikkumavapauden laajentaminen suhteessa valtioon. Kuntien valtionapujärjestelmään tuli uudistuksen myötä aivan uudenlainen *kustannustietoisuus* sekä kunnan toiminnan *taloudellisuuden* ja *tuloksellisuuden* korostaminen.[138]

Jo vuoden 1982 SVOL korosti tavoitteiden toteutumiseen liittyvää valvontaa. Valtioneuvoston tehtävänä on kalenterivuosittain valtion talousarvion antamisen yhteydessä hyväksyä valtakunnallinen suunnitelma sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä hyväksymisvuotta seuraavan neljän vuoden aikana. Kunnille ase-

---

[134] *Puro*, haastattelu. Puro toimi lain valmistelun aikaan sosiaali- ja terveysministeriön kansliapäällikkönä.
[135] HE 101/1981 vp, s. 4 ss.
[136] Ks. *Narikka*, 2001, s. 90 ss.
[137] *Narikka*, 2001, s. 89. Ks. tästä laajemmin *Myllymäki*, 2007, s. 265 ss.
[138] Ks. *Myllymäki*, 2007, s. 271 ss.

tettavat tavoitteet ovat luonteeltaan suosituksia. Ohjelman valmistelun yhteydessä on kuultava kuntien keskusjärjestöä ja tarvittaessa myös muita viranomaisia. Ohjelman valmistelun yhteydessä on kuultava kuntien keskusjärjestöä ja tarvittaessa myös muita viranomaisia. Kyse on väljästä suunnitelmasta, joka on juridisesti puettu *soft law -ohjaukseksi*.[139]

Kunnan valtionosuus suoritetaan yhtenä kokonaisuutena, joka on laskettu erikseen sosiaalihuollon ja terveydenhuollon valtionosuuksina. Lisäksi kunnalle ja kuntainliitolle voidaan suorittaa valtionosuutta tietyin erityisehdoin sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämiseksi tarpeellisiin perustamishankkeisiin. Perustamishankkeella tarkoitetaan toiminnallisen kokonaisuuden muodostavaa tilojen rakentamista, hankintaa, peruskorjausta tai muun omaisuuden hankintaa taikka niitä vastaavia toimenpiteitä. Kuntien uudenlaiseen vapauteen kuuluu, ettei niiden ole pakko käyttää sosiaali- ja terveydenhuollon valtionosuuslain nojalla määräytyviä valtionosuuksia tämän lain nojalla osoitettujen tehtävien hoitamiseen. *Myllymäki* on huomauttanut, että tässä yhteydessä (siis STVOL:n) kunnan toiminta-autonomian lisääminen yleisten valtionosuuksien merkityksen korostamisen kanssa saattaa houkutella kuntia säästöihin peruspalveluissakin.[140]

3.7.3 Asiakasmaksut

STVOL 3 §:n mukaan kunnan on osoitettava voimavaroja valtionosuuden perusteena olevaan sosiaali- ja terveydenhuoltoon. Kustannusvastuu määräytyy valtion ja kunnan välisen kustannusjaon mukaan siten kuin niistä on säädetty vuosina 1996 ja 1998 uudistetussa KVOL:ssa. Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluista perittäviin maksuihin sovelletaan sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista annettua lakia (734/1992, myöhemmin asiakasmaksulaki). Lain 1 §:n mukaan kunnallisista sosiaali- ja terveyspalveluista saadaan palvelun käyttäjältä periä erikseen asetuksessa säädettyjä maksuja, jotka voidaan määrätä myös henkilön maksukyvyn mukaan. Lain 2 §:n mukaan maksut ovat enintään palvelun tuottamisesta aiheutuvien kustannusten suuruisia.

Asiakasmaksulain 4 ja 5 §:ssä säädetään maksuttomista palveluista. Maksuttomia ovat mm. sosiaalityö, kasvatus- ja perheneuvonta, vammaispalvelulaissa säännellyt palvelut eräin poikkeuksin, kehitysvammaisten huolto eräin poikkeuksin, lastensuojelulain mukainen lasten ja nuorten huolto eräin poikkeuksin, polikliininen päihdehuolto, avioliittolain mukaiseen sovitteluun, isyyden selvittämiseen, ottolapsitoimintaan, lapsen elatukseen sekä lapsen huollon ja tapaamisoikeuden määräämiseen liittyvät kunnan palvelut sekä henkilölle hänen so-

---

[139] *Myllymäki*, 2007, s. 280.
[140] *Myllymäki*, 2007, s. 284.

siaalihuoltoaan koskevissa asioissa annetut asiakirjat. Maksuttomia terveyspalveluja ovat edellä mainitun lainkohdan mukaan puolestaan esimerkiksi psykiatrisen avohoidon toimintayksikössä annettu hoito lukuun ottamatta siihen liittyvää osittaista ylläpitoa, erikoissairaanhoitolain 1 §:n 2 momentissa tarkoitettuun lääkinnälliseen kuntoutukseen kuuluva neuvonta, kuntoutustarvetta ja -mahdollisuuksia selvittävä tutkimus sekä sopeutumisvalmennus ja kuntoutusohjaus.

Asiakasmaksulain periaatteena on, että jos palvelua ei ole erikseen säädetty maksuttomaksi, voidaan siitä periä maksu. Kaikkiin kuntien perimiin asiakasmaksuihin sovelletaan kuitenkin asiakasmaksulain 2 §:n 1 momentin rajoitusta, jonka mukaan maksut saavat olla vain enintään palvelun tuottamisesta aiheutuvien kustannusten suuruisia. Asiakasmaksulain 6a §:ssä on säädetty asiakasmaksun maksukatoista. Pääperiaatteena on, että säännöllisesti ja pitkäaikaisesti käytettyjen palvelujen asiakasmaksut ovat tulosidonnaisia. Vastaavasti epäsäännöllisesti tai satunnaisesti käytettävien palvelujen maksut ovat tasasuuruisia.[141] Asiakasmaksujen suhteellinen osuus palvelujen rahoituksessa on Suomessa suhteellisen korkea.[142]

Jos kunta tai kuntayhtymä järjestää palveluja STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitetulla tavalla ostopalveluna, palvelun käyttäjältä on perittävä samat maksut ja korvaukset kuin kunnan tai kuntayhtymän itse järjestämistä vastaavista palveluista. Jos palveluja järjestetään palvelusetelillä, palvelun käyttäjältä ei saa periä asiakasmaksua. Palvelun käyttäjän maksettavaksi tuleva omavastuuosuus ei saa ylittää sitä asiakasmaksua, jonka kunta tai kuntayhtymä voisi periä itse tuottamistaan palveluista, ellei palvelusetelin arvon määräytymisestä erikseen toisin säädetä.

---

[141] *Narikka*, 2006, s. 184.

[142] *Narikka*, 2001, s. 115 ss. Asiakasmaksulain 6 §:n mukaan kohtuuttoman korkeaksi nousevan maksurasituksen estämiseksi on asiakasmaksuista palvelujen käyttäjälle kalenterivuoden aikana aiheutuvilla kustannuksilla 590 euron enimmäismäärä (21.12.2001/1408).

4 Asiakkaan ja potilaan asemaa turvaava lainsäädäntö

4.1 HENKILÖSTÖN KELPOISUUSEHDOT JA TOIMINNAN VALVONTA

Sosiaali- ja terveydenhuollon laadunhallinnan tarve on korostunut sikäli, että kunnat voivat hankkia palveluja myös oman organisaationsa ulkopuolelta. Terveydenhuollon tai sosiaalihuollon asiakkaan näkökulmasta palvelun laatu on tärkeää kaikissa sen järjestämisen vaihtoehdoissa, myös kunnan omassa tuotannossa.

STVOL 4 §:n 3 momentin mukaan ostopalveluina ja palvelusetelillä hankittujen palvelujen laadun tulee vastata sitä tasoa, jota edellytetään vastaavalta kunnalliselta toiminnalta. Sosiaalihuollossa tämä edellyttää, että palvelujen tuottaja on tehnyt yksityisen sosiaalipalvelun valvonnasta annetun lain mukaisen ilmoituksen ja että sosiaalihuollon ammatillisen henkilöstön kelpoisuudesta annetun asetuksen (804/1992) edellytykset täyttyvät. Terveydenhuollossa edellytyksenä on, että palveluntuottajalla on yksityisestä terveydenhuollosta annetun lain (152/1990) mukainen lupa tai että kysymyksessä on mainitun lain tarkoittama itsenäinen ammatinharjoittaja. Palvelunkäyttäjän asemaa suojaavat myös sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista annettu laki ja potilaan asemasta ja oikeuksista annettu laki.[143]

Myös palvelun tuottajien valvonta voidaan johtaa perustuslain 22 §:ssä viranomaiselle määrätystä perus- ja ihmisoikeuksien toteutumisvastuusta. Ihmisoikeussopimuksen velvoittavuutta voidaan kuvata ihmisoikeustuomari *Matti Pellonpään* mukaisesti siten, että ihmisoikeussopimuksen 2 artiklan perusteella periaatteessa esimerkiksi sairaaloiden toiminnan valvonnan laiminlyönti tai muu vakava puute yleisessä terveydenhuoltojärjestelmässä saattaa merkitä artiklaan sisältyvän yleisluonteisen velvoitteen rikkomista, mikäli tästä aiheutuu potilaan kuolema.[144]

Sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja koskevaan lainsäädäntöön sisältyy vain yleisiä säädöksiä siitä, miten palvelut tulee järjestää asianmukaisella tavalla. Esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon ammattihenkilöstön pätevyysvaatimuksia koskevat säännökset pyrkivät takaamaan osaltaan palvelujen riittävän

---

[143] HE 74/2003 vp, s. 10 ss.
[144] *Pellonpää*, 2005, s. 239.

laadun toteutumisen. Kaiken kaikkiaan lainsäädäntö ei kuitenkaan tarjoa riittävää apua käytännön laatutyötä ja laadun edistämistä varten. Lainsäädännön ei ole katsottu olevan myöskään paras mahdollinen kanava käytännön laatukysymyksiä arvioitaessa, koska laatutyö edellyttää usein esimerkiksi hyvien toimintakäytäntöjen muodostamista, ei niinkään sitovia ja ehdottomia normeja.[145]

Kuntien erilaiset taloudelliset mahdollisuudet palvelutuotannon järjestämisessä ovat myös osaltaan uhkaamassa palvelujen riittävää laatua ja yhdenmukaisuutta eri kunnissa, kuten sosiaali- ja terveysministeriön laatimassa Sosiaali- ja terveyspolitiikan strategiat 2010 -raportissa todetaan.[146] Laatu ja yhdenmukaisuus pyritään turvaamaan palvelun järjestämistavasta riippumatta. Raportissa tähdennetään asiakaslähtöisyyttä sillä, että palvelujen laadun arvioinnissa edellytetään lisättäväksi asiakkaiden/potilaiden suorittaman arvioinnin ja palautteen osuutta. Laadulla on tässä yhteydessä tarkoitettu sitä ominaisuuksien kokonaisuutta, johon perustuvat organisaation, tuotteen, palvelun tai tietyn prosessin kyky täyttää tälle asetetut vaatimukset ja niihin kohdistetut odotukset.[147]

4.2 INTEGRITEETTIPERIAATE SOSIAALIOIKEUDESSA

Laaja-alainen ja varsinkin tosiasiallisessa palvelutoiminnassa merkityksellinen *integriteettiperiaate* kokoaa vaatimuksia, jotka liittyvät asiakkaiden ihmisarvon, kulttuuritaustan, persoonallisuuden ja yksityisyyden kunnioittamiseen. Periaatteen ydinsisältönä on ihmisarvon kunnioittaminen. *Integriteettiperiaatteella* on taustansa jo perusoikeussäännöksissä ja ihmisoikeusmääräyksissä.[148] Perustuslain 1 §:n 2 momentin mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Ihmisoikeussopimusten velvoitteet sisältyvät jo perusoikeusoikeusjärjestelmäämme, sillä ne on otettu edellä todetun mukaan huomioon jo perusoikeusuudistuksessa.

Terveyspalvelut kokonaan ja sosiaalipalvelut suurimmalta osin jätettiin vuonna 2006 voimaan tulleen palveludirektiivin soveltamisalasta. Syynä tähän on ainakin osaltaan vaatimus integriteettiperiaatteen toteutumisesta. Direktiivin johdanto-osan mukaan sosiaali- ja terveyspalvelut ovat olennaisia *ihmisarvoon* ja yksilön *integriteettiin* liittyvän perusoikeuden toteutumisen kannalta, ja lisäksi ne ilmentävät sosiaalisen yhteenkuuluvuuden ja solidaarisuuden periaatteita.

---

145 Ks. *Narikka*, 2001, s. 356.
146 Sosiaali- ja terveyspolitiikan strategiat 2010, s. 18.
147 Ibid. Laadun käsitteistä *Narikka*, 2001, s. 357 ss.
148 Ks. sosiaalihuollon asiakaslain periaatteista *Tuori*, 2004, s. 167.

Direktiivin perustelun voidaan katsoa osoittavan, että merkittävän esteen palvelujen liikkuvuudelle ainakin toistaiseksi muodostaa *ihmisarvoon* ja *integriteettiin* liittyvän perusoikeuden toteutuminen.[149] Direktiiviin ei siten ole nähty mahdolliseksi sisällyttää yhtenäisiä määräyksiä, jotta edellä todettu periaatteen toteutuminen olisi nykyisessä tilanteessa turvattu. Palveludirektiivin lähtökohtana on tämän mukaan ajatus, jonka mukaan jäsenvaltion asianomainen viranomainen voi toistaiseksi parhaiten kantaa vastuun ihmisarvon kunnioittamisen liittyvistä turvaamisvaatimuksista.

Tässä tutkimuksessa *integriteettiperiaate* liittyy erityisesti siihen, missä määrin kyseinen periaate olisi voitu ottaa huomioon jo hankintalain säätämisessä tai kuinka se on mahdollista ottaa huomioon lain soveltamistilanteissa. Kysymys on myös tällöin periaatteiden punninnasta, jonka lainsäätäjä olisi periaatteellisesti ratkaissut suoraan hankintalaissa siten, että siinä korostetaan voimakkaasti asiakkaan yksilöllistä näkökulmaa. Oikeudellisessa arvioinnissa on kysymys punnintatilanteesta.[150]

Sosiaali- ja terveydenhuollon asiakkaiden kohtelua ja asiakastyössä noudatettavaa menettelyä koskevat yleisten hallintomenettelyä sääntelevien lakien lisäksi lait sosiaalihuollon asiakkaan asemasta ja oikeuksista (812/2000, jäljempänä asiakaslaki) sekä laki potilaan asemasta ja oikeuksista (785/1992, jäljempänä potilaslaki). Lakien soveltamisala on osin päällekkäinen, koska sosiaalihuollon ja terveydenhuollon toiminnot ovat joskus sisällöltään lähellä toisiaan ja niitä voidaan usein suorittaa samoissa yksiköissä.[151]

Perusoikeussäännösten toteuttamisessa edellä mainitut säädökset toteuttavat *integriteettiperiaatetta*. Hallituksen esityksen (HE 137/1999 vp, s. 10) mukaan asiakaslain taustalla ovat aikaisemmassa yhteydessä esillä olleet kansainväliset ihmisoikeussopimukset (esimerkiksi TSS-sopimus, yleissopimus lasten oikeuksista, SopS 60/1991), joihin Suomi on osaltaan sitoutunut. Näiden perusteella jäsenvaltioiden on toiminnallaan luotava olosuhteet, joissa ihmiset voivat elää hyvää elämää, ja turvattava sellaisten ihmisten oikeudet, jotka eivät kykene sitä itse tekemään.[152] Asiakkaalla on oikeus saada sosiaalihuollon toteuttajalta hyvää kohtelua ilman syrjintää. Lakia koskeneessa hallituksen esityksessä (HE 137/1999

---

[149] Euroopan unionin neuvosto, 17 heinäkuuta 2006, Yhteinen näkemys, 10003/06, k. 27.

[150] Ks. *Tuori*, 2004, s. 154 ss. Ks. terveydenhuollon laadusta Eoa 15.11.2002 488/4/00: Päätöksessä korostettiin hoidon tarvetta asiakkaan yksilöllisen tarpeensa näkökulmasta. Arvioinnin tästä tekee lääkäri. Hoidon tason osalta ratkaisussa todettiin, että terveydenhuollon ammattihenkilön on ammattitoiminnassaan sovellettava yleisesti hyväksyttyjä ja kokemusperäisiä perusteltuja menettelytapoja koulutuksensa mukaisesti, jota hänen on pyrittävä jatkuvasti täydentämään. Ammattitoiminnassaan terveydenhuollon ammattihenkilön tulee tasapuolisesti ottaa huomioon ammattitoiminnasta potilaalle koituva hyöty ja sen mahdolliset haitat.

[151] *Narikka*, 2001, s. 44. Keskeinen potilaan oikeuksia koskeva laki on myös terveyden- ja sairaanhoidon yhteydessä tapahtuvia henkilövahinkoja koskeva potilasvahinkolaki (585/1986).

[152] Ks. HE 137/1999 vp, s. 10.

vp, s. 19) todetaan, että yhdenvertaisuusperiaate ja syrjintäkielto ovat yhdessä oikeusjärjestyksemme keskeisimpiä oikeusperiaatteita. Ne ovat ilmaus kaikkien ihmisten samanarvoisuudesta.

Kaikkien ihmisten samanarvoisuus ei kuitenkaan merkitse sitä, että kaikilla olisi oltava samat oikeudet ja samat velvollisuudet. Yhdenvertaisuusperiaatteen oikeudellinen ydin on siinä, että samanlaisissa tilanteissa ihmisiä on kohdeltava samalla tavalla ja erilaisissa tilanteissa eri tavoin. Yhdenvertaisuusperiaate ja syrjintäkielto eivät näin ollen vain edellytä samanlaista kohtelua, vaan ne voivat myös edellyttää erilaista kohtelua olosuhteiden näin vaatiessa.[153] Sosiaali- ja terveydenhuollon yhdenvertaisuuden toteutumista koko maassa vaikeuttaa palvelujen riippuvuus kunnallisen toimintapolitiikan ratkaisuista.

Vaatimus hyvästä sosiaalihuollosta lisättiin lakiin eduskuntakäsittelyssä. Sosiaali- ja terveysvaliokunta katsoi, että asiakkaalla tulee olla ”oikeus saada sosiaalihuollon toteuttajalta hyvän kohtelun lisäksi laadultaan hyvää sosiaalihuoltoa”. Valiokunta halusi tällä lisäyksellä korostaa, että kaikissa asiakastilanteissa kiinnitettäisiin huomiota palvelun laatuun. Asiakkaan kannalta on tärkeää, että sosiaalihuollon laatua parannetaan kaikissa yksiköissä ja että asiakkaat osallistuvat laadun kehittämiseen. Myös asiakaspalautteen käyttö on tärkeää laatua parannettaessa. Palvelun laatujärjestelmiä tulee valiokunnan kannan mukaan kehittää systemaattisesti ja yhä paremmin toimiviksi.[154]

Asiakaslain tavoitteena on sen 1 §:n mukaan edistää asiakaslähtöisyyttä ja asiakassuhteen luottamuksellisuutta sekä asiakkaan oikeutta hyvään palveluun ja kohteluun sosiaalihuollossa. Asiakkaalla laissa tarkoitetaan sosiaalihuoltoa hakevaa tai käyttävää henkilöä ja sosiaalihuollolla sosiaalihuoltolain 17 §:ssä mainittuja sosiaalipalveluja, tukitoimia, toimeentulotukea, elatustukea, sosiaalista huoltoa sekä mainittuihin etuuksiin liittyviä toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on edistää ja ylläpitää yksityisen henkilön tai perheen sosiaalista turvallisuutta ja toimintakykyä. Hallituksen esityksen (HE 137/1999 vp, 13) mukaan lain tavoitteena on asiakkaiden aseman vahvistaminen sekä asiakkaan itsemääräämisoikeuden ja itsehallinnan korostaminen. Tavoitteena on saada sosiaalihuollon asiakkaat mahdollisimman yhdenvertaiseen asemaan terveydenhuollon asiakkaiden kanssa. Tämä edistäisi mahdollisuutta toteuttaa sosiaali- ja terveydenhuollossa saumaton hoito- ja palveluketju asiakaslähtöisesti. Laki korostaa asiakkaan oikeutta hyvään ja ihmisarvoiseen kohteluun sekä asiakkaan vakaumuksen ja yksityisyyden kunnioittamista sosiaalihuollon toiminnoissa.

Asiakaslakia säädettäessä on pyritty samalla luomaan henkilöstön ammattitaitoon liittyviä takeita hyvälle sosiaalihuollolle. Tämä on toteutettu muuttamalla

---

[153] HE 137/1999 vp, s. 19 ss.
[154] Ks. StVM 18/2000 vp, s. 6.

sosiaalihuoltolakia ja päihdehuoltolakia. Sosiaalihuoltolain 10 §:n mukaan jokaisen kunnan käytettävissä tulee olla sosiaalityöntekijän ammatillisen kelpoisuuden omaavan, virkavastuulla toimivan sosiaalityöntekijän palvelut.[155] Pääsääntönä on, että asiakaslain säännöksiä tulee noudattaa, paitsi kunnallisessa, myös yksityisessä sosiaalihuollossa. Näin on siitä riippumatta, onko kysymys kuntien lakisääteisten velvollisuuksien täyttämistä tarkoittavista ostopalveluista vai asiakkaan itse hankkimista palveluista. Asiakaslaki turvaa osaksi perustuslain 22 §:n mukaisesti perusoikeuksien toteutumista ja lain (5 luvun sosiaaliasiamiestä koskevilla) säännöksillä luotiin uusia keinoja yksilön oikeuksien turvaamiseksi myös sosiaalihuollossa. Perusoikeuksien turvaamisen näkökulmasta pidettiin tärkeänä ulottaa lain soveltaminen myös yksityisen järjestämään toimintaan.[156]

Asiakasta on kohdeltava siten, ettei hänen ihmisarvoaan loukata ja niin, että hänen vakaumustaan ja yksityisyyttään kunnioitetaan. Sosiaalihuoltoa toteutettaessa on otettava huomioon asiakkaan toivomukset, mielipide, etu ja yksilölliset tarpeet sekä hänen äidinkielensä ja kulttuuritaustansa. Sosiaalihuollon asiakkaan oikeudesta käyttää suomen tai ruotsin kieltä, tulla kuulluksi ja saada toimituskirjansa suomen tai ruotsin kielellä sekä hänen oikeudestaan tulkkaukseen näitä kieliä viranomaisissa käytettäessä säädetään kielilain (423/2003) 10, 18 ja 20 §:ssä. Kuntien ja kuntayhtymien velvollisuudesta järjestää sosiaalihuoltoa suomen ja ruotsin kielellä säädetään sosiaalihuoltolaissa.

Sosiaalihuollon järjestämisen tulee puheena olevan lain 6 §:n mukaan perustua viranomaisen tekemään päätökseen tai yksityistä sosiaalihuoltoa järjestettäessä sosiaalihuollon toteuttajan ja asiakkaan väliseen kirjalliseen sopimukseen. Sosiaalihuoltoa toteutettaessa on laadittava palvelu-, hoito-, kuntoutus- tai muu vastaava suunnitelma, jollei kyseessä ole tilapäinen neuvonta ja ohjaus tai jollei suunnitelman laatiminen muutoin ole ilmeisen tarpeetonta. Suunnitelma on laadittava, ellei siihen ole ilmeistä estettä, yhteisymmärryksessä asiakkaan kanssa sekä 9 ja 10 §:ssä tarkoitetuissa tapauksissa asiakkaan ja hänen laillisen edustajansa taikka asiakkaan ja hänen omaisensa tai muun läheisensä kanssa.

Asiakaslain mukaan sosiaalihuoltoa toteutettaessa on ensisijaisesti otettava huomioon asiakkaan toivomukset ja mielipide sekä muutoinkin kunnioitettava hänen itsemääräämisoikeuttaan. Asiakkaalle on annettava mahdollisuus osallistua ja vaikuttaa palvelujensa suunnitteluun ja toteuttamiseen. Sama koskee hänen sosiaalihuoltoonsa liittyviä muita toimenpiteitä. Asiakasta koskeva asia on käsiteltävä ja ratkaistava siten, että ensisijaisesti otetaan huomioon asiakkaan etu. Myös alaikäisen asiakkaan toivomukset ja mielipide on selvitettävä ja otet-

---

[155] *Narikka,* 2001, s. 309.

[156] Tätä korostettiin erityisesti perustuslakivaliokunnan lausunnossa, PeVL 7/2000 vp.

tava huomioon hänen ikänsä ja kehitystasonsa edellyttämällä tavalla. Kaikissa julkisen tai yksityisen sosiaalihuollon toimissa, jotka koskevat alaikäistä, on ensisijaisesti otettava huomioon alaikäisen etu.

Myös *potilaslain* tavoitteena on turvata sosiaalihuollon asiakkaan asemaa perusoikeuksien toteutumiseksi, riippumatta siitä, tuottaako palvelun julkinen vai yksityinen taho. Potilaslaki rakentuu potilaan itsemääräämisen periaatteelle. Myös tämä laki on ns. yleislaki, jota lain 2 §:n mukaan sovelletaan, jollei muussa laissa ole toisin säädetty. Lakia sovelletaan ”potilaan asemaan ja oikeuksiin terveyden- ja sairaanhoitoa järjestettäessä”. Potilas on määritelty ”terveyden- ja sairaanhoitopalveluja käyttäväksi tai muuten niiden kohteena olevaksi henkilöksi”. Terveyden- ja sairaanhoidon käsite on puolestaan määritelty kolmen tunnusmerkin avulla: 1) toimenpiteen luonne: terveydentilan määrittämiseksi taikka terveyden palauttamiseksi tai ylläpitämiseksi tarvittavat toimenpiteet, 2) toimenpiteiden suorittajat: terveydenhuollon ammattihenkilöt, ja 3) toimenpiteiden suorittamispaikka: terveydenhuollon toimintayksiköt.[157]

Potilaslakia sovelletaan sekä julkisessa että yksityisessä terveydenhuollon hoitoyksikössä annettuun hoitoon. Laissa tarkoitettuja terveydenhuollon toimintayksiköitä ovat paitsi julkiset toimintayksiköt, kuten kansanterveyslain mukaiset terveyskeskukset ja erikoissairaanhoitolain mukaiset sairaalat, myös terveydenhuollon palveluja tuottavat yksiköt, joita säätelee laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990). Lakia on sovellettava myös sosiaalihuollon toimintayksiköiden kuten päihdehuoltolaitosten, kehitysvammalaitosten tai vanhainkotien terveyden- ja sairaanhoidossa, mikäli siitä huolehtii terveydenhuollon ammattihenkilöstö. Samoin lakia sovelletaan kaikessa terveydenhuollon toimintayksiköiden terveyden- ja sairaanhoidossa siitä riippumatta, kuka sitä antaa.[158]

Lain 3 §:n mukaan jokaisella Suomessa pysyvästi asuvalla henkilöllä on oikeus ilman syrjintää hänen terveydentilansa edellyttämään terveyden- ja sairaanhoitoon niiden voimavarojen rajoissa, jotka kulloinkin ovat terveydenhuollon käytettävissä. Laki sitoo osaltaan kunnan velvollisuuden hoidon järjestämiseen. Kunnan ja valtion velvollisuudesta järjestää terveydenhuollon palveluja on lisäksi voimassa, mitä kansanterveyslaissa, erikoissairaanhoitolaissa, tartuntatautilaissa (583/1986), mielenterveyslaissa, vankeinhoitolaitoksesta annetussa asetuksessa sekä terveydenhuollon järjestämisestä puolustusvoimissa annetussa laissa säädetään.

Potilaalla on terveydenhuoltolain 3 §:n 2 momenttiin oikeus laadultaan hyvään terveyden- ja sairaanhoitoon. Tarkempia laatukriteereitä ei ole tässäkään laissa säännelty. Yleisesti on katsottu, että laatuvaatimukseen vaikutetaan esi-

---

[157] *Tuori*, 2004, s. 421 ss.
[158] *Tuori*, 2004, s. 423.

merkiksi lisäämällä potilaiden osallistumismahdollisuuksia sekä varmistamalla henkilöstön pätevyys ja valvomalla henkilöstön ammatinharjoittamista.[159] Potilaan hoito on järjestettävä ja häntä on kohdeltava siten, ettei hänen ihmisarvoaan loukata sekä niin, että hänen vakaumustaan ja hänen yksityisyyttään kunnioitetaan. Potilaan äidinkieli, hänen yksilölliset tarpeensa ja kulttuurinsa on mahdollisuuksien mukaan otettava hänen hoidossaan ja kohtelussaan huomioon. Potilaan oikeudesta käyttää suomen tai ruotsin kieltä, tulla kuulluksi ja saada toimituskirjansa suomen tai ruotsin kielellä sekä hänen oikeudestaan tulkkaukseen näitä kieliä viranomaisissa käytettäessä säädetään kielilain (423/2003) 10, 18 ja 20 §:ssä. Kuntien ja kuntayhtymien velvollisuudesta järjestää terveyden- ja sairaanhoitopalveluja suomen ja ruotsin kielellä säädetään kansanterveyslaissa ja erikoissairaanhoitolaissa. Edellä sosiaalipalvelujen osalta todetut periaatteet asiakkaan itsemääräämisoikeudesta ja integriteetistä ovat myös terveydenhuollon oikeusperiaatteita.[160]

[159] *Narikka,* 2001, s. 321.
[160] *Tuori*, 2004, s. 175.

5 Sosiaali- ja terveysjärjestöt ja kuntien järjestämisvastuu

5.1 RAHA-AUTOMAATTIYHDISTYS JULKISESSA PALVELUJÄRJESTELMÄSSÄ

Sosiaali- ja terveysjärjestöjen rahoituksessa Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista jaettavat avustukset ovat merkittäviä.[161] Valtioneuvosto päätti vuoden 2005 avustuksista 1.2.2007. Avustuksia myönnettiin 1 104 järjestölle yhteensä 306 miljoonaa euroa. Tämän lisäksi siirrettiin suoraan valtiokonttorille 103 miljoonaa euroa käytettäväksi sotainvalidien hoitoon ja veteraanien kuntoutukseen arpajaislain poikkeussäännön mukaisesti. Avustuksen piiriin hyväksyttiin hankkeita, projekteja ja toimintoja yhteensä 2 394.[162]

Raha-automaattiyhdistyksen yhteiskunnallinen merkitys on vuodesta 1938 eli Raha-automaattiyhdistyksen perustamisesta lähtien muodostunut pelitoiminnalla hankittujen tuottojen käytöstä terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Raha-automaattiyhdistyksen rahapelitoiminnan tuotot on tullut jakaa avustusten myöntämiseen oikeuskelpoisille yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille käytettäväksi edellä mainittuun tarkoitukseen. Pelitoiminnan legitimaationa on ollut arpajaislain mukainen tuottojen yleishyödyllinen käyttö.[163]

Viimeisimpien, vuodelta 2005 olevien tilastotietojen mukaan Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista avustusta saaneiden järjestöjen yhteenlasketuista tuotoista noin 14 % koostui Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnetyistä toiminta- sekä kokeilu- ja kehittämisavustuksista. Muusta rahoituksesta 14 % tuli muista julkisista avustuksista, 44 % vuokratuotoista sekä asiakas- ja palvelumaksuista, 18 % varsinaisen toiminnan muista tuotoista, 10 % varainhankinnasta ja sijoitustoiminnasta sekä 1 % muista tuotoista.[164]

---

[161] *Melinin ja Paunion* selvityksen mukaan myös kunnat myöntävät sosiaali- ja terveysjärjestöille tukea joko suorana avustuksena, pääomatukena taikka pääomatakuina. Näiden tukien määrää on vaikea selvittää. Ks. *Melin – Paunio*, 2001, s. 108.

[162] Yksityiskohtaiset tiedot ilmenevät Raha-automaattiyhdistyksen vuosikertomuksesta 2007.

[163] Euroopan yhteisön oikeuden soveltamisessa tuottojen käyttö ei ole muodostanut kuitenkaan oikeuttamisperustaa Raha-automaattiyhdistyksen yksinoikeudelle, kuten toisessa yhteydessä käsitelty yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisu *Läärä* C-124/97 osoittaa.

[164] *Kauppinen – Niskanen*, 2005, s. 41 ss. Tutkimuksen liitetaulukoista on nähtävissä toimialakohtaisesti eritellyt järjestöjen tuottojen lähteet. Käytännössä tiedot on kerätty Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan tietokannasta.

Raha-automaattiavustuksella tuetut järjestöt ovat palveluillaan täydentäneet julkisyhteisöjen vastuulla olevaa palvelujärjestelmää. Monissa tapauksissa tämä on perustunut verkostomaiseen yhteistoimintaan kuntien kanssa, mutta järjestöt toimivat myös normaaliin ostopalvelusopimukseen perustuen palvelujen tuottajina. Tämän tutkimuksen kannalta on valitettavaa, ettei ostopalveluja pystytä erottelemaan yksityisiltä yrityksiltä ja järjestöiltä ostettuihin palveluihin. Kunnat ovat yksityisten sosiaalipalveluntuottajien suurin asiakas. Vuonna 2002 kunnat ostivat sosiaalipalveluja yksityisiltä palveluntuottajilta 710,5 miljoonalla eurolla ja kuntayhtymät 5,7 miljoonalla eurolla. Kuntien näihin ostopalveluihin käyttämät kustannukset olivat reaalisesti yli kaksinkertaistuneet vuodesta 1995.[165]

Edellä kuvattu yhteistoiminta on muodostunut käytännön tasolla. Myös lainsäädännössä Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminta kytkeytyy arpajaislain ja avustuslain perusteella julkiseen sosiaali- ja terveyspoliittiseen palvelujärjestelmään. Nykyisessä arpajaislaissa (1047/2001) tämä pelitoiminnan ja järjestötoiminnan kytkös on säädetty 22 §:n 1 momentissa, jossa Raha-automaattiyhdistyksen rahapelitoiminnan tuotto säädetään jaettavaksi järjestöille, mm. oikeuskelpoisille yhdistyksille. Lain 17 §:n 2 momentin mukaan yhdistyksen pelitoiminnan tuotto tulee käyttää *terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen*.

Julkiseen palvelujärjestelmään Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminta kytkeytyy siten, että arpajaislain 18 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaisesti valtion talousarvioon otetaan vuosittain määräraha, jonka arvioidaan vastaavan raha-automaatti-, kasinopeli- ja pelikasinotoimintaa harjoittavan rahapeliyhteisön edellisen tilikauden arvioidusta voitosta jaettavaa määrää. Tuotot kytkeytyvät näin arviomäärärahoina valtion talousarvioon. Arpajaislain 12 §:n 2 momentin valtuutuksen nojalla on edellä mainitusta yhteisöstä annettu valtioneuvoston asetus Raha-automaattiyhdistyksestä (1169/2001), jolla on säädetty yhdistyksen järjestysmuodosta ja hallinnosta. Raha-automaattiyhdistyksellä organisaationa on näin erityinen säädösperusta.

Samanaikaisesti arpajaislain (1047/2001) kanssa voimaan tulleella avustuslailla (1056/2001) säädetään niistä perusteista ja menettelytavoista, joita noudatetaan myönnettäessä avustuksia Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista oikeuskelpoisille yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Lain 6 §:n 2 momentin mukaan jakoehdotus ja kolmelle seuraavalle vuodelle laadittu avustussuunnitelma annetaan sosiaali- ja terveysministeriölle, jonka esittelystä valtioneuvosto päättää avustusten myöntämisestä. Sosiaali- ja terveysministeriö ohjaa ja valvoo 3 momentin mukaan rahapeliyhtei-

---

[165] *Kauppinen – Niskanen*, 2005, s. 77. Raha-automaattiyhdistyksen julkistaloudellisesta merkityksestä ks. *Myllymäki*, 2007, s. 366.

sön jakoehdotuksen ja avustussuunnitelman valmistelutyötä. Päätöksen tuoton jakamisesta järjestöille tekee arpajaislain 20 §:n 1 momentin mukaan vuosittain Raha-automaattiyhdistyksen ehdotuksesta valtioneuvosto.

Vaikka vuosittain jaettavien raha-automaattiavustusten kokonaisarvo suhteessa valtioneuvoston muuhun päätöksentekoon jää varsin pieneksi, korostuu niiden yhteiskunnallinen kiinnostavuus siinä, että valtioneuvosto tekee päätöksen valtioneuvoston ohjesäännön 4 §:n mukaisessa yleisistunnossaan. Muita yleisistunnossa tehtäviä päätöksiä on mm. yhteiskuntapoliittisesti merkittävien määrärahojen jako tai jakoa koskevat periaatteet samoin kuin määrärahojen jako alueellisesti.

Käytännössä ohjaus tapahtuu vuosittain Raha-automaattiyhdistyksen ja sosiaali- ja terveysministeriön välillä solmittavan tulossopimuksen avulla. Siinä kytketään Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminta osaksi yhteiskunnan sosiaali- ja terveyspoliittista palvelujärjestelmää.[166] Avustuksenjaon käytännön valmisteluun osallistuu sosiaali- ja terveysministeriön nimeämä virkamies. Tulossopimus sisältää myös pelitoiminnan tuottojen hankintaa ohjaavan yhteisen käsityksen käytettävissä olevan tuoton määrästä. Pelitoiminnan taloudellisen tulostavoitteen asettamisessa pyritään ottamaan huomioon pelaamiseen liittyvät sosiaalipoliittiset ongelmat.[167]

Edellä kuvatut Raha-automaattiyhdistyksen pelitoiminnan tuoton käyttöä koskevat säännökset sekä sosiaali- ja terveysministeriön tulosohjaus kytkevät avustustoiminnan kiinteästi yhteen valtion sosiaali- ja terveyspoliittisen palvelujärjestelmän ohjauksen kanssa.[168] Arpajaislaki tai avustuslaki ei sisällä säännöksiä, jotka kytkisivät avustustoiminnan paikallisella tasolla kuntien toimintaan. Käytännössä yhteys on ollut kuitenkin kiinteä, sillä tarpeiden yhteensovittaminen käytännössä on tapahtunut kuntatasolla järjestöjen ja kuntien sopimana.[169]

---

[166] STM:n ja RAY:n sopimus tulostavoitteista vuosille 2006–2009, s. 2. Sopimuksessa todetaan, että ”avustustoiminnan päämääränä on terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistäminen sosiaali- ja terveysalan yleishyödyllisten yhteisöjen toimintaa ja hankkeita tukemalla. Päämäärä kytkee avustustoiminnan osaksi yhteiskuntamme sosiaali- ja terveyspoliittista palvelujärjestelmää. Päämääräänsä nähden avustustoiminta on välillistä, koska kansalaisten hyvinvointia edistävää toimintaa toteuttavat myönnetyillä avustuksilla oikeustoimikelpoiset yleishyödylliset yhteisöt ja säätiöt.”

[167] STM:n ja RAY:n sopimus tulostavoitteista vuosille 2006–2009, s. 1. Sopimuksen mukaan ”raha-automaattiyhdistyksen vuosittaisen tuoton määrän arviointia ohjaa sosiaali- ja terveysministeriön ja Raha-automaattiyhdistyksen yhteinen näkemys vastuullisesta rahapelitoiminnasta. Näkemys pohjautuu siihen, että yksinoikeusjärjestelmän sisällä liiketoimintaa suunniteltaessa ja tuoton määrää mitoitettaessa otetaan huomioon yleinen ostovoiman kehitys, pelaajien määrässä tapahtuneet muutokset, pelaamisen hyväksyttävyydessä tapahtunut kehitys sekä arviot pelaamiseen liittyvien ongelmien määrästä.”

[168] Ks. *Granqvist,*1997, s. 74 ja *Myllymäki*, 2007, s. 268 ss.

[169] *Paikkala*, haastattelu.

Raha-automaattiyhdistyksen hallituksen tehtävänä on raha-automaattiasetuksen 14 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan laatia ehdotus yhdistyksen tuotoista jaettavien avustusten jaosta sekä liittää siihen avustussuunnitelma seuraavalle kolmelle vuodelle. Tähän ehdotukseen liittyvää julkisen vallan ohjauksen kiinteyttä kuvaa myös Raha-automaattiyhdistyksestä annetun asetuksen 12 §:n hallituksen muodostamista koskeva säännös. Sen mukaan yhdistyksen hallitukseen kuuluu puheenjohtaja, kaksi varapuheenjohtajaa ja yksitoista muuta jäsentä, jotka valitaan kolmeksi kalenterivuodeksi. Valtioneuvosto määrää hallituksen puheenjohtajan, ensimmäisen varapuheenjohtajan ja viisi muuta jäsentä. Hallituksessa tulee olla yksi jäsen sosiaali- ja terveysministeriöstä, yksi sisäasiainministeriöstä ja yksi valtiovarainministeriöstä. Hallituksen varapuheenjohtajan ja kuusi muuta jäsentä valitsee yhdistyksen kokous.

Raha-automaattiyhdistyksen toimielimissä tulee asetuksen 16 §:n mukaan päätökseksi se mielipide, jota on kannattanut yli puolet annetuista äänistä, jollei erikseen muuta säädetä. Perussääntö on siten hallituksen päätöksenteossa se, että valtiolla on määräysvalta yhdistyksen toiminnassa. Avustuspäätöstä koskevassa päätöksenteossa valtiotahon enemmistöperiaatteen toteutuminen on varmistettu asetuksen 13 §:n 2 momentissa siten, että läsnä tulee olla vähintään yhtä monta valtioneuvoston määräämää jäsentä kuin yhdistyksen kokouksen valitsemaa jäsentä. Hallituksen koostumus ja päätöksentekojärjestelmä ovat osaltaan varmistamassa julkisen vallan vaikutusta ja ensisijaisuutta Raha-automaattiyhdistyksen ohjauksessa. Valtioneuvoston nimittäessä hallituksen jäsenet voidaan Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnassa katsoa toteutuvan jossain määrin parlamentarismin periaate. Sitä toteuttaa myös valtioneuvostossa tehtävä lopullinen päätös avustuksenjaosta. Toimintaan yhdistyy järjestöjen edustajien kautta myös kansalaisvaikuttaminen.

5.2 AVUSTUSTEN MYÖNTÄMISEN EDELLYTYKSET ARPAJAISLAISSA JA AVUSTUSLAISSA

Arpajaislain 11 §:n 1 momentin mukaan raha-automaatti-, kasinopeli- ja pelikasinotoimintaa voidaan Suomessa harjoittaa vain edellytyksellä, että valtioneuvosto on pykälän 2 momentin mukaisesti myöntänyt toiminnan harjoittamiseen toimiluvan (*rahapeliluvan*).[170] Valtioneuvosto myönsi rahapeliluvan 20.12.2001

[170] Luvan tarkoitus ilmenee arpajaislain 11 §:n 1 momentista siten, että ”rahapelitoimintaan osallistuvien oikeusturvan takaamiseksi, väärinkäytösten sekä rikosten ehkäisemiseksi ja pelaamisesta aiheutuvien sosiaalisten haittojen vähentämiseksi saadaan rahapelitoiminnan harjoittamista varten antaa jäljempänä säädetyillä rajoituksilla lupa (*rahapelilupa*).” Toisen momentin mukaan rahapelilupa voidaan antaa erikseen mm. ”2) raha-automaattien käytettävänä pitämiseen, kasinopelien

antamallaan päätöksellä Raha-automaattiyhdistykselle. Rahapelitoiminnan harjoittamisesta syntyvä tuotto käytetään arpajaislain 17 §:n 2 momentin mukaan terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Lain 22 §:n 1 momentissa puolestaan määrätään, että tuotto käytetään avustusten myöntämiseen oikeuskelpoisille yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille. Avustusta ei voida siten arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan myöntää voittoa tavoitteleville yrityksille.[171] Avustusta ei voida siten myöntää julkisyhteisölle, esimerkiksi kunnille.

Valtiontalouden tarkastusvirasto kiinnitti huomiota raha-automaattiavustusten käyttöön kuntien rahoitusvastuulla olevissa kohteissa, kun se teki selvityksen vanhus- ja vammaishuollon järjestöistä. Analyysin kohteena olivat järjestöt (232), jotka saivat vuonna 2001 raha-automaattiavustusta (293 milj. markkaa) vanhus- tai vammaishuollon investointeihin. Järjestöistä 40 prosentilla oli sopimus palveluista kunnan kanssa. Näiden hallituksissa oli vähintään yksi johtava viranhaltija sosiaalitoimesta tai kunnan yleis- tai talousjohdosta ja samanaikaisesti muita kunnan edustajia. Selvityksen mukaan joka neljännen (24 %) järjestön yhteistyö kunnan kanssa oli järjestön tuottojen osalta hyvin tiivistä. Nämä järjestöt myivät käytännössä kaiken palvelutoimintansa kunnalle ns. nettokorvausperiaatteella. Kunta maksoi palveluista ostopalvelukorvauksen toteutuneiden kustannusten mukaan.

Valtiontalouden tarkastusviraston raportissa todettiin, ettei RAY:n käyttämä tulkinta estänyt avustusten päätymistä myöskään sellaisille säätiöille tai yhdistyksille, joiden hallituksen enemmistönä tosiasiallisesti (ei siis vain sääntöjen mukaan) ovat kunnan edustajat. Viraston mielestä kuntien ja järjestöjen hyvin tiivis yhteistyö voi kaventaa kummankin osapuolen liikkumavaraa. Järjestön kannalta se voi rajoittaa järjestön mahdollisuutta suuntautua myös yksityisille markkinoille ja toisaalta laajentaa toimintaansa uusille asiakasryhmille. Kunnan kannalta taas tällainen yhteistyö saattaa rajoittaa kunnan mahdollisuuksia tarkastella palvelujen tuottamismahdollisuuksia objektiivisesti.[172]

Yleishyödyllisyyttä ei arpajaislaissa ole määritelty. Hallituksen arpajaislakia koskeneen esityksen (HE 197/1999 vp, s. 90) mukaan varojen suuntaamista sosiaali- ja terveysalan järjestöille oli perusteltua jatkaa ottaen huomioon, että järjestöt toisaalta merkittävästi ehkäisevät ja korjaavat tiedotus-, neuvonta-, koulutus- ja edunvalvontatoiminnallaan sosiaalisia ja terveydellisiä ongelmia ja toi-

---

toimeenpanemiseen ja pelikasinotoimintaan". Kolmannen momentin mukaan rahapelilupa annetaan yksinoikeutena.

[171] Tämä todetaan myös arpajaislain perusteella laadituissa avustustoiminnan linjauksissa. RAY:n avustustoiminnan suuntaviivat ja painoalueet.

[172] Valtiontalouden tarkastusvirasto, Raha-automaattiavustukset vanhus- ja vammaishuoltoon. Selvitys, s. 8–10. Vastaavat johtopäätökset kuntien osallistumisesta järjestöjen toimintaan virasto teki jo vuonna 2000 julkaisemassaan tarkastuskertomuksessa. Ks. Valtiontalouden tarkastusvirasto, Vanhustenhuollon rahoitus, Tarkastuskertomus 6/2000, s. 67.

saalta täydentävät sekä kehittävät maamme sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja.[173]

Tämä tutkimus sisältää vain yhdistyslain mukaan perustetut järjestöt. Koska yhdistyksen on oltava arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan oikeuskelpoinen, eli rekisteriin merkitty yhdistys, on yhdistyksen oltava tarkoitukseltaan aatteellinen. Jotta avustusta voidaan myöntää, on yhdistyksen oltava sekä aatteellinen että yleishyödyllinen. Yleishyödyllisyyttä arvioidaan tällöin sen kannalta, että se toteutuu jossain muodossa terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämisessä. Arpajaislain edellä todetut säännökset rajaavat joka tapauksessa sekä yleishyödyllisyyden että aatteellisuuden toteutumisen terveyden ja sosiaalitoimen alueelle.

Mikäli yhdistys on ollut rekisteröity, on myös avustuksen myöntämisen perusedellytys täyttynyt, eikä aatteellisuutta ole käytännön avustustoiminnassa asetettu kyseenalaiseksi. Avustusvalmistelussa on kiinnitetty huomiota siihen, että avustuslain ja sen perusteella vahvistetun avustusstrategian vaatimus on toteutunut. Yleishyödyllisyyttä on arvioitu silloin arpajaislain ja avustuslain eikä esimerkiksi verolainsäädännön vaatimusten kannalta.[174]

Avustuslaki sisältää säännökset avustuksen hakijan ja saajan oikeuksien ja velvoitteiden perusteista.[175] Aikaisemmin vastaavat säännökset sisältyivät raha-automaattiasetukseen ja valtioneuvoston antamaan päätökseen, mutta nyt määräykset nostettiin lain tasolle perustuslain edellyttämällä tavalla. Avustuslain tavoitteena on sitä koskevan hallituksen esityksen mukaan turvata hyvän hallinnon takeet. Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan eräät tehtävät ovat perustuslain 124 §:n tarkoittamia julkisia hallintotehtäviä.[176]

Avustus voidaan myöntää avustuslain 3 §:n 1 momentin mukaan *toiminta-avustuksena* tai *erityisavustuksena*. Toiminta-avustus voidaan myöntää avustuksen saajan toimintaan yleisesti (*yleisavustus*) tai tiettyyn osaan sen toiminnasta

---

[173] HE 197/1999 vp, s. 90.

[174] *Paikkala*, haastattelu.

[175] Säännökset lain soveltamisalasta sisältyvät avustuslain 1 §:ään, missä todetaan lain soveltamisen keskeinen periaate. Sen mukaan laissa säädetään niistä perusteista ja menettelyistä, joita noudatetaan myönnettäessä avustusta RAY:n tuotosta *oikeuskelpoisille yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille* terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Tosin avustuslain 1 §:n perusteluissa painotetaan toista asiaa: ”Pykälässä todetaan ehdotetun arpajaislain 18 §:n 2 momenttiin ja 22 §:n 1 momenttiin sisältyvä avustusten myöntämisessä noudatettu keskeinen periaate siitä, että avustukset myönnetään sosiaali- ja terveysalan järjestöille.” Avustuslain säännöksiä ei sovelleta näin ollen käytettäessä raha-automaattivaroja arpajaislain 22 §:n 2 momentissa erikseen mainittuihin kohteisiin, esimerkiksi rintamaveteraanien kuntoutukseen.

[176] HE 75/2001 vp, s. 5: Aikaisemmin keskeiset säännökset avustuksen myöntämisestä oli säädetty asetustasolla. Tätä asetusta täydensi valtioneuvoston avustuksien myöntämistä koskeva päätös. Perustuslakivaliokunta esitti lausunnossaan (PeVL 23/2000) niiden nostamista lain tasolle hallituksen esityksessä uudeksi arpajaislaiksi (197/1999).

(*kohdennettu toiminta-avustus*). Yleisavustusta saadaan 12 §:n mukaan käyttää avustettavasta toiminnasta aiheutuviin kuluihin ja avustettavaan toimintaan liittyvän irtaimen käyttöomaisuuden hankintamenoihin. Avustusta ei saa käyttää sellaisen irtaimen käyttöomaisuuden hankintamenoihin, jotka aiheutuvat toimintayksikön perustamisesta, laajentamisesta, uudelleenjärjestämisestä tai perusparannuksesta. Kohdennettua toiminta-avustusta saadaan avustuslain 13 §:n mukaan käyttää vain avustettavasta toiminnasta aiheutuviin erilliskuluihin vähennettynä toiminnan erillistuotoilla.[177]

Avustuslain 13 §:n 2 momentin mukaan erityisavustus voidaan myöntää 1) *investointi-avustuksena* aineellisen tai aineettoman hyödykkeen hankintaan tai 2) *projektiavustuksena* kokeilu-, käynnistämis-, tutkimus- tai kehittämishankkeeseen taikka muuhun tarkoitukseltaan rajattuun hankkeeseen. Erityisavustusta saadaan lain 14 §:n mukaan käyttää vain avustettavasta investoinnista tai hankkeesta aiheutuviin erilliskuluihin vähennettynä hankkeen erillistuotoilla. Perusparannusmenoihin myönnetyn erityisavustuksen hyväksyttäviä kuluja ovat käyttöomaisuuden hankinta-, rakennus- ja perusparannusmenot sekä rakennusaikaiset korko- ja muut rahoituskulut vähennettynä vastaavilla korko- ja rahoitustuotoilla. Lisäksi menoihin hyväksytään tässä yhteydessä hankitun irtaimen käyttöomaisuuden hankintameno.

Avustuslain 4 § sisältää yleiset määräykset avustuksen myöntämisestä. Avustuslain mukaan avustus *voidaan* myöntää valtion talousarvion puitteissa, jos

1) tarkoitus, johon avustusta haetaan, on yhteiskunnallisesti hyväksyttävä, avustuksen myöntäminen on perusteltua avustuksen käytölle asetettujen tavoitteiden kannalta;
2) avustuksen myöntämistä on pidettävä tarpeellisena avustuksen hakijan omat varat, hakijan määräysvallassa olevien yhteisöjen tai säätiöiden käytettävissä olevat varat ja avustettavasta toiminnasta saatavat tuotot huomioon ottaen;
3) avustuksen myöntämistä on pidettävä tarpeellisena avustuksen hakijan saama muu julkinen tuki sekä avustuksen kohteena olevan toiminnan tai hankkeen laatu ja laajuus huomioon ottaen;
5) avustuksen myöntämisellä ei arvioida olevan muita kuin vähäisiä kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa; ja
6) erityisavustusta haettaessa on esitetty riittävä selvitys hankkeen toiminnallisesta tai teknisestä suunnitelmasta sekä avustuksen saajan edellytyksistä rahoittaa hankkeen omarahoitusosuus ja käyttökulut.

---

[177] RAY:n laatimien tulkintaohjeiden, s. 25, mukaan kohdennettuja toiminta-avustuksia on kohdistettu sosiaali- ja terveysjärjestöjen erilaisiin tuki-, auttamis- ja palvelutoimintoihin. Avustus on haluttu kohdentaa ja rajata tiettyyn nimenomaiseen toimintaan. Perinteinen kohdennettua toiminta-avustusta saava toimiala on esimerkiksi sosiaalinen lomatoiminta.

Lisäksi avustuslain 4 §:n 2 momentti rajaa avustuksen myöntämismahdollisuutta siten, ettei avustus saa yhdessä muiden julkisten avustusten kanssa ylittää Euroopan yhteisön tai Suomen lainsäädännössä säädettyä valtionavustuksen tai julkisen tuen enimmäismäärää.[178]

Avustuslain 4 §:n mukaan Raha-automaattiyhdistyksen jakoehdotuksen valmisteluvaiheessa yleisten edellytysten täyttymisen tarkistaminen on luonteeltaan laillisuusharkintaa. Myönnettäväksi ehdotetun avustuksen määrä on kuitenkin tarkoituksenmukaisuusharkintaa (HE 75/2001 vp, s. 9), eikä kenelläkään ole subjektiivista oikeutta avustuksen saamiseen. Tämä vastaa myös valtionavustuslain perusteluita sikäli, että harkinnanvaraisen valtionavustuksen myöntämistä koskeva päätös perustuu pääosin tarkoituksenmukaisuusharkintaan (HE 2001/63 vp, s. 4 ja 10).[179] Sidonnaisuudeltaan hallintopäätösten jakamisen laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkintaa noudattaviin on kuitenkin vaikeaa. Kyse on pikemminkin päätösten sijoittumisesta jatkuvalle asteikolle, jolla ei voida vetää jyrkkää rajaa laillisuus- ja tarkoituksenmukaisuusharkinnan välille.[180]

Avustuslaki ei anna mahdollisuutta siihen, että harkinnan kohteena olevan avustuksen sosiaalipoliittista merkitystä punnittaisiin suhteessa sen aiheuttamaan kilpailu- ja markkinahäiriöön. Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan ja 2 momentin edellyttämä laillisuusharkinta tulee tehdä ensiksi, jonka jälkeen avustuksen tarpeellisuus arvioidaan tarkoituksenmukaisuusharkinnassa. Myös avustuslain säännösten yhteydessä on syytä huomauttaa, että sidottua oikeusharkintaa (laillisuusharkintaa) ja tarkoituksenmukaisuusharkintaa ei sellaisenaan juuri esiinny. *Mäenpään* mukaan etenkin joustavien oikeusnormien – esimerkiksi ”erityiset syyt”, ”perusteltu tarve”, ”yleisen edun kannalta tarkoituksenmukainen” – soveltamista on vaikea sijoittaa vapaan ja sidotun harkinnan kahtiajakoon. Tällaisten väljäsisältöisten normien soveltamiseen sisältyy runsaasti harkintavaltaa, jonka käyttäminen on suhteutettava esimerkiksi lainsäädännön tarkoitukseen.[181]

Tarkoituksenmukaisuusharkinnan merkitystä lisää edellä mainitun avustuslain säännöksen väljyys ja tulkinnanvaraisuus.[182] Avustusten harkinnanvaraisuus ilmenee myös Raha-automaattiyhdistyksen hallituksen avustuslinjauksista: raha-automaattiavustukset ovat harkinnanvaraisia julkisia avustuksia, joihin mil-

---

[178] HE 75/2001 vp, s. 9 ja 10. Esityksen perusteluissa todetaan tämän käytännössä johtavan siihen, että avustushakemuksia käsittelevän rahapeliyhteisön tulee selvittää, onko Suomen tai Euroopan yhteisön lainsäädännössä julkisen tuen enimmäismäärää koskevia säännöksiä. Jos tällaisia säännöksiä on sovellettavana, tulee rahapeliyhteisön riittävällä tavalla selvittää avustuksen hakijan saamat muut tuet.

[179] HE 2001/63 vp, s. 4 ja 10.

[180] Ks. *Mäenpää*, 2003, s. 353.

[181] *Mäenpää*, 2003, s. 352.

[182] Ks. tästä *Myllymäki – Tetri*, 2001, s. 26.

lään yhteisöllä ei ole erityistä subjektiivista oikeutta. Subjektiivista oikeutta ei ole erikseen laissa eikä linjauksissa määritelty. Avustuslain väljistä säännöksistä johtuen sen yhteydessä tapahtuva tarkoituksenmukaisuusharkinta läheneekin poliittista harkintaa.[183]

Määräys, jonka mukaan avustusta voidaan myöntää valtion talousarvion puitteissa, sitoo käytännössä avustusten yhteisen enimmäismäärän talousarviossa hyväksyttyyn, mutta samalla velvoittaa ottamaan huomioon valtion talousarviossa annetut muut sisällölliset määräykset.[184]

Avustuksen myöntämistä koskevat vaatimukset ovat yhdenmukaiset valtionavustuslain (688/2001) 7 §:ssä määriteltyjen vaatimusten kanssa. Tarkoituksen, johon avustusta haetaan, ”tulee olla yhteiskunnallisesti hyväksyttävä. Avustusta saa myöntää vain toimintaan, joka järjestetään voimassa olevien määräysten ja säädösten mukaisesti ja joka ei ole lainvastaista”. Yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä ei ole tarkemmin perusteltu, mutta sillä tarkoitettaneen toiminnan eettistä ja moraalista hyväksyttävyyttä, joka voi olla jopa lainsäädännön määrittelemää hyväksyttävyyttä laajempi käsite.[185]

Avustuslain 6 §:n 1 momentin mukaan Raha-automaattiyhdistys valmistelee ehdotuksen avustusten myöntämisestä (*jakoehdotus*) ja tekee samalla hakijakohtaisen suunnitelman seuraavan kolmen vuoden ajalle. Toisen momentin mukaan jakoehdotus ja avustussuunnitelma annetaan sosiaali- ja terveysministeriölle, jonka esittelystä valtioneuvosto päättää avustusten myöntämisestä.

5.3 RAY:N AVUSTUSTOIMINNAN STRATEGIA JA PERIAATTEET

Avustuslakiin sisältyviä varsin väljiä määräyksiä täydentää Raha-automaattiyhdistyksen hallituksen vahvistama avustustoiminnan strategia, jolla linjataan

---

[183] Vrt. *Siikavirta*, 2006, s. 193.

[184] Ibid.

[185] Sisällöllisesti tarkoitus näyttäisi selvältä, vaikka kieltolause perusteluissa onkin muotoilultaan epäonnistunut: Järjestön toiminnan on oltava kaikella tavalla lainmukaista. Ks. lisäksi valtionavustuslain hallituksen esitys (HE 63/2001 vp), 4 §:n yksityiskohtaiset perustelut. Niiden mukaan perustana yhteiskunnallisen hyväksyttävyyden arvioinnissa on voimassa oleva lainsäädäntö sekä eduskunnan hyväksymä talousarvio. Valtionavustusta voidaan myöntää vain sellaiseen toimintaan, joka järjestetään voimassa olevien säännösten ja määräysten mukaisesti ja jonka tarkoitus ei ole lainvastainen.

HE 75/2001 vp, s. 9. Hallituksen esityksen perusteluissa todetaan, että tarkoituksena ei ole estää avustusten myöntämistä esimerkiksi vallitsevaa sosiaali- ja terveyspoliittista linjaa kritisoivaan toimintaan tai hankkeisiin.

avustusten myöntämiseen, maksamiseen ja valvontaan liittyviä käytäntöjä.[186] Niissä on otettu huomioon Raha-automaattiyhdistyksen ja sosiaali- ja terveysministeriön välisissä tulosneuvotteluissa ministeriön esille tuomat painotukset. Tulossopimuksessa avustustoiminta liitetään sosiaali- ja terveysministeriön päätavoitteisiin.[187]

Tulosneuvottelujen käyminen perustuu avustuslain 6 §:n 3 momenttiin. Siinä sosiaali- ja terveysministeriön tehtäväksi on annettu ohjata ja valvoa rahapeliyhteisön jakoehdotuksen ja avustussuunnitelman valmistelumenettelyä. Siten avustusstrategia perustuu avustuslakiin sisältyviin säännöksiin, yhdistyksen vuosittain sosiaali- ja terveysministeriön kanssa sopimiin periaatteisiin ja painotuksiin,[188] sekä lain ja tulosneuvottelujen pohjalta Raha-automaattiyhdistyksen hallituksen vahvistamiin linjauksiin. Raha-automaattiyhdistyksen hallituksen hyväksymät periaatteet ja linjaukset ovat avustustoimintaan sovellettavaa sisäistä ohjausta, joka ei ole valtioneuvoston päätöksentekoa sitovaa.[189] Ministeriön avustustoimintaan ennalta tapahtuva ohjaus perustuu nykyisin edellä todetun mukaisesti avustuslaissa olevaan normiperustaan, joten se on Raha-automaattiyhdistystä sitovaa. Ministeriön linjaukset jättävät kuitenkin yksittäisille avustuspäätöksille suuren liikkumavaran.

Avustussuunnittelussa huomioidaan virallisen sosiaali- ja terveyspolitiikan suuntaviivat, kansalaisjärjestötoiminnan lähtökohdat ja periaatteet, sekä palvelutuotannon erilaiset toimintaperiaatteet julkisen, yksityisen ja kolmannen sektorin piirissä. Linjausten mukaan avustusta hakevien yhteisöjen tasapuolinen ja yhdenvertainen kohtelu on avustustoiminnan hyväksyttävyyden edellytys. Avustustoiminnan keskeisiin periaatteisiin kuuluu myös avoimuus.

Avustustoiminnan periaatteet linjaavat myös järjestöjen taloudenhoidon ja tuloksellisuuden periaatteita: järjestöjä ohjataan entistä päämäärätietoisempaan ja tuloshakuisempaan toimintaan. Tulosten seurantaan, arviointiin ja raportoin-

---

[186] Strategiasta on käytetty Raha-automaattiyhdistyksen julkaisemassa asiakirjassa rinnakkaista termiä ”RAY:n avustustoiminnan suuntaviivat ja painoalueet”. Tämän tutkimuksen ollessa jo viimeistelyvaiheessa vahvisti Raha-automaattiyhdistyksen hallitus (7.2.2007) uuden avustusstrategian vuosille 2008–2011. Merkittävin periaatteellinen muutos aikaisempaan verrattuna on se, että kansalaisjärjestötoiminnan edistäminen on nyt nostettu erilliseksi päälinjaksi. Järjestöjen perustoiminta halutaan turvata. Ks. strategian s. 10.

[187] Ks. myös RAY, Vuoden 2007 avustusvalmistelun taustamuistio, 6.

[188] HE 75/2001 vp. s. 4: Sosiaali- ja terveysministeriö on vuosittain tehnyt Raha-automaattiyhdistyksen kanssa tulossopimuksen, jossa sovitaan tulosaluekohtaisesti valmistelun yleisistä suuntaviivoista. Tulossopimus sisältyy valtion talousarvion momentin 33.92.50 perusteluosaan.

[189] Vrt. *soft law* -ohjauksesta myös *Myllymäki – Tetri*, 2001, s. 141 ja 283. Sosiaali- ja terveysministeriön Raha-automaattiyhdistykseen kohdistamaa ohjausta ei voida suoraan verrata ministeriön ja sen alaisten virastojen välisessä suhteessa toteutettavaan tulosohjaukseen. Tämä johtuu siitä, että Raha-automaattiyhdistys kuuluu sosiaali- ja terveysministeriön ohjausvallan piiriin vain avustuslain 6 §:n 3 momentissa säädetyltä osin eli avustustoiminnan osalta. Ks. myös *Mäenpää*, 2003, s. 143.

tiin kiinnitetään erityistä huomiota. Järjestöjen toiminnan laatu sekä talouden hoito ovat tärkeitä kehittämiskohteita. Yleishyödyllisen yhteisön taloudenhoidolle on ominaista menojen sovittaminen käytettävissä oleviin tuloihin – taloudelliseen voittoon ei pyritä, mutta toiminnan todelliset kulut on pystyttävä tuloilla kattamaan.[190] Periaatteissa todetaan rahoittajan näkökulmasta olevan tärkeää, että yleishyödyllinen yhteisö käyttää myös muut kuin avustusvarat yleishyödylliseen toimintaansa. Asiakirjassa todetaan jo avustuslakia koskevasta hallituksen esityksestä ilmenevä periaate, ettei avustusta voida myöntää liiketaloudellisesti toimiville organisaatioille.

Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnan linjauksissa avustustoimintaa jäsennetään kolmesta eri näkökulmasta: väestöryhmittäin, järjestöjen yhteiskunnallisten perusroolien ja toiminnallisen jaottelun mukaisesti. Ensimmäisenä näkökulmana tarkastellaan toiminnan suuntaamista *väestöryhmittäin*, jolloin erityistä huomiota kiinnitetään heikoimmassa asemassa olevien väestöryhmien tukeen, palveluihin ja omaehtoisen aktiivisuuden edistämiseen. Keskeisiä kohderyhmiä ovat tällöin ne, joiden osalle kasaantuvat sosiaaliset ja taloudelliset vaikeudet, pitkäaikaistyöttömyys, päihde- tai mielenterveysongelmat, epävarmuus ja turvattomuus, köyhyys ja ylivelkaantuminen, vammaisuus tai vaikeat pitkäaikaissairaudet. Toisena näkökulmana oleva *järjestöjen perusroolien* mukainen tarkastelu jaotellaan

1) jonkin *väestöryhmän edunvalvontaan* (l. perinteinen järjestötoiminta)
2) eri muodoissa tapahtuvaan *tukihenkilö- ja vapaaehtoistoiminnan organisointiin*
3) *kokeilu ja kehittämistoimintaan*
4) *sosiaali- ja terveyspalveluiden tuottamiseen*.

Järjestöjen toiminta edunvalvojana ja asiantuntemuksen edustajana, sekä niiden koulutus- ja konsultaatiotoiminta ja muu vaikuttamistoiminta ovat Raha-automaattiyhdistyksen merkittävä rahoituskohde. Vapaaehtoistoiminnassa keskeistä on, että siinä kanavoituu kansalaisten omaehtoinen aktiivisuus, jolloin toimintalogiikka poikkeaa esimerkiksi ammattimaisesti tuotetuista palveluista. Vapaaehtoistoiminnalla edistetään kansalaisten ja perheiden elämänhallintaa, keskinäistä auttamista ja itsenäistä selviytymistä.

Avustusstrategiassa kolmantena näkökulmana oleva *toiminnoittain tapahtuva* linjaus jakaa avustettavan toiminnan seitsemään lohkoon:

1) Kansalaisjärjestötoiminta, jonka rahoittamisella turvataan keskeiset järjestötoiminnan edellytykset ja edunvalvonnan, asiantuntijuuden ja muun

---

[190] Ks. HE 75/2001 vp, s. 9, jonka mukaan avustuksen myöntämistä harkittaessa on kiinnitettävä huomiota hakijan toiminnan tuloksellisuuteen.

vaikuttamistoiminnan kehittäminen sekä tutkimus-, kokeilu- ja kehittämistoiminta.

2) *Palvelu- ja tuettu asuminen*, jota tuetaan rahoittamalla palveluasuntojen rakentamista ja peruskorjauksia, palveluasumiseen liittyvien toimintamallien kehittämistä, erityisryhmien tukiasuntojen hankintaa ja rakentamista, sekä asumisen tukitoimintaa ja sen kehittämistä. Asiakkaina avustuksen kohteena olevissa asunnoissa ovat mm. vanhukset, vammaiset, mielenterveysongelmaiset ja päihdeongelmaiset.
3) *Kuntoutus- ja hoitopalvelut*, joissa rahoituskohteina ovat julkisessa kuntoutusjärjestelmässä väliinputoajiksi jäävien ryhmien palvelut, ikääntyvän väestön ja eläkeikäisten toimintakyvyn ylläpitäminen, sekä lasten ja lapsiperheiden sosiaalinen kuntoutus. Avustuksilla lisätään julkisia palveluita täydentäviä kuntoutusmahdollisuuksia kohderyhminä mm. mielenterveysongelmaiset, huumeongelmaiset nuoret ja näiden perheet.
4) *Kotona asumisen ja omaisten tukeminen*, jossa mm. tuetaan vanhusten, vammaisten ja pitkäaikaissairaiden mahdollisuutta asua kotona mahdollisimman pitkään. Kotipalveluiden osalta avustuksia kohdennetaan erityisesti paljon apua ja tukea tarvitsevien vanhusten ja moniongelmaisten perheiden olosuhteiden parantamiseen. Avustamisessa painotetaan järjestöjen koordinoimaa tukihenkilö- ja vapaaehtoistoimintaa.
5) *Päivä- ja työtoiminnat*, joissa tuetaan eri tavoin vajaakuntoisten ja työmarkkinoiden ulkopuolelle joutuneiden väestöryhmien aktivoitumista ja toimintakyvyn ylläpitämistä päiväkeskus- ja työtoimintaa järjestämällä.
6) *Sosiaalinen lomatoiminta*, joissa tuetaan taloudellisin ja sosiaalisin perustein lomajaksoja ja leiritoimintoja.
7) *Kriisipalvelut*, joissa tuetaan akuutin kriisiavun järjestämistä esimerkiksi perhekriisitilanteissa, päihteiden tai lääkkeiden liikakäyttö- taikka mielenterveyshäiriötapauksissa, onnettomuustilanteissa ja jouduttaessa rikoksen uhriksi.

Tässä toiminnoittain tehdyssä jaossa ryhmien erottelevana tekijänä on vain avustusten käyttötarkoitus. Ensimmäinen ryhmä kuvaa lähinnä järjestötoiminnan funktionaalista jakoa. Toiselle ryhmälle on pyritty yhtenäistämään avustustoiminta sosiaali- ja terveysministeriön sisäisen tuloalueluokituksen kanssa ja viimeksi mainittu ryhmä vastaa avustuslain sisältämää virallista ryhmittelyä. Lisäksi tekstin sisältämä väestöryhmittäinen jako antaa mahdollisuuden avustustoiminnan ajankohtaisten painopistealueiden hakemiseen. Mikäli toimintokohtaista ryhmittelyä tarkastellaan avaimena avustuslain sisältämä jaottelu, havaitaan, että esimerkiksi investointiavustuksia kohdistuu kansalaisjärjestötoimintaan (1), palvelu- ja tuettuun asumiseen (2) ja kuntoutus- ja hoitopalveluihin.[191]

Avustustoiminnan linjauksien mukaan järjestöt ovat merkittäviä palveluiden tuottajia sekä terveyspalveluiden että sosiaalipalveluiden alueella. Edelleen niissä todetaan, että suurimman osan palveluistaan järjestöt myyvät ostopalveluina

[191] *Mykrä*, haastattelu.

kunnille tai muille julkisen sektorin tahoille, joilla on lakiin perustuva velvollisuus palveluiden järjestämiseen.

Raha-automaattiavustuksia myönnetään vain pieneen osaan palvelutoimintaa, sen sijaan suurempi osa avustuksista kohdistuu palveluiden ja palvelujärjestelmien määräaikaisiin ja rajattuihin kehittämisprojekteihin. Avustusten alkuperäisenä tarkoituksena on ollut turvata uusien toimintamallien kehittäminen, minkä jälkeen toiminnan rahoituksen tulisi siirtyä kunnalle.[192] Palveluihin kohdistuvien avustusten harkinnassa lähtökohtana on aina julkisen palvelujärjestelmän ensisijainen vastuu palvelujen järjestämisessä. Myös kehittämisavustukset kohdistuvat palvelutoimintaan; niillä tuetaan maan eri osissa alueellisten ja paikallisten palvelujärjestelmien koordinoinnin ja erityisosaamisen tehostamiseen tähtääviä hankkeita. Palvelujen laatu, saatavuus ja joustavat palveluketjut ovat linjauksen mukaan tärkeä kehittämiskohde.[193]

5.4 JÄRJESTÖT SOSIAALILAINSÄÄDÄNNÖN KEHITYKSESSÄ

Järjestöjen roolin kehittymisestä antavat informaatiota nykyisen, monilta osin jo muutetun sosiaalihuoltolain (SHL, voimaan vuoden 1984 alusta) valmisteluasiakirjat. Alkuperäisen lain laatiminen perustui valtioneuvoston 30.3.1967 asettamaan sosiaalihuollon periaatekomitean mietintöön (KM 1971: A 25). Mietinnössä linjattiin yleiset periaatteet ja tavoitteet, joita sosiaalihuoltolainsäädäntöä laadittaessa ja sosiaalihuollon toimeenpanossa olisi noudatettava.[194] Komitea tarkasteli myös järjestöjä sosiaalihuollon toteuttajina. Se piti luonnollisena ja jopa toivottavana, että sosiaaliturvapolitiikan eri asiakasryhmät järjestäytyvät ja siten pyrkivät tuomaan esille näkemyksiään, ajamaan etujaan ja valvomaan viranomaisten toimintaa. Yksityisten yhteisöjen ehkä suurimman edun komitea katsoi olevan siinä, että ne kykenevät nopeasti tarttumaan uusiin ajatuksiin ja aloittamaan toiminnan kokeiluluonteisesti. Järjestöille tuli antaa mahdollisuus jatkaa aloittamaansa ja kehittämäänsä toimintaa. Niille tuli varata riittävästi edellytyk-

---

[192] Sosiaali- ja terveysministeriö, sisäinen työryhmämuistio, 6.4.2005, s. 3. Toiminnallisissa avustuksissa kaksi suurinta kokonaisuutta ovat Mielenterveysseuran toimintakenttään 1990-luvun puolivälissä kehitetty ensiapu- ja kriisikeskusten verkko sekä Ensi- ja turvakotien liiton toimintakenttään myös pääasiassa 1990-luvulla kehitetty tehostetun perhetyön verkko. Lamavuosien aikana tavoitteesta siirtää toiminnat kuntien rahoitettaviksi peräydyttiin ja niitä päätettiin rahoittaa ”toistaiseksi” kohdennetuilla toiminta-avustuksilla. Molemmissa kokonaisuuksissa raha-automaattiavustuksilla katetaan noin puolet toiminnan kustannuksista ja toinen puoli tulee kuntien ostopalvelurahoista.

[193] RAY:n avustustoiminnan suuntaviivat ja painopistealueet, s. 9.

[194] Ks. HE 102/1981 vp, s. 5.

siä uusien työmuotojen aloittamiseen, mikä oli syytä ottaa huomioon esimerkiksi raha-automaattivaroja jaettaessa. Monitahoisempana komitea sen sijaan piti kysymystä siitä, missä määrin järjestöjen ja säätiöiden toiminta sosiaaliturvapalvelujen toimeenpanijoina on kokonaisuuden kannalta tarkoituksenmukaista.[195]

Toisaalta sosiaalihuollon periaatekomitea katsoi oikeaksi, että joitakin toimintamuotoja, joita järjestöt ja säätiöt ovat aloittaneet, siirretään julkisille yhteisöille silloin, kun niiden on katsottava muodostuneen vakiintuneeksi osaksi yleisiä sosiaalipalveluja ja kun niiden rahoitus tapahtuu kokonaan tai lähes kokonaan julkisin varoin, taikka siirrolla voidaan saavuttaa ilmeisiä etuja. Erityisesti tämä koskee sellaisia paikallisia palvelujärjestelmiä, joita vastaava toiminta yleensä on muodostunut kuntien tai kuntainliittojen toiminnaksi. Sen sijaan järjestöjen ja säätiöiden valtakunnallisen palvelutoiminnan siirtoa, vaikka se olisikin vakiintunutta ja julkisin varoin ylläpidettyä, ei komitea pitänyt yhtä helposti toteutettavana, koska vaihtoehtona oli yleensä vain valtion välittömästi toimeenpanema järjestelmä.[196]

Kunta on voinut jo vuodesta 1982 silloisen sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuuksista annetun lain (SVOL 3 §:n 1 momentin 3 kohdan) perusteella hankkia palveluja yksityisoikeudellisilla sopimuksilla yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Sellaisia ovat lakia koskeneen hallituksen esityksen (HE 101/1981 vp, s. 18) mukaan esimerkiksi yksityiset yhdistykset, säätiöt, osakeyhtiöt ja yksityiset ammatinharjoittajat. Lain tarkoittamia palveluja esityksessä todettiin olevan esimerkiksi yksityiset lasten päiväkoti-, lastenkoti-, kehitysvammahuolto-, invalidihuolto-, vanhainkoti- ja sairaalapalvelut.[197] Valmisteluasiakirjoista ei ilmene, että tuossa vaiheessa olisi noussut esille kilpailuoikeudellisia ongelmia. Tämä on luonnollista sikälikin, että ensimmäinen varsinainen kilpailunrajoituslaki tuli voimaan vasta 1980-luvun lopulla (709/1988). Vuoden 1982 SVOL:n valmisteluasiakirjat osoittavat, ettei järjestöillä 1980-luvun alussa nähty olevan vastuuta sosiaalipalvelujen tuottamisesta, vaan se oli kunnilla julkisen vallan edustajina. Järjestöt asetettiinkin SVOL:ssa yksityisten yritysten rinnalle.

Kuntien rahoitusvastuun selkeyttämiseksi 1982 SVOL:lla poistettiin eräille valtakunnallisille järjestöjen ylläpitämille laitoksille suoraan valtion varoista annettu tuki. Näin haluttiin estää se mahdollisuus, että kunnat välttääkseen oman järjestämisvastuunsa ohjaisivat asiakkaita valtion suoraan rahoittamiin yhdistysten laitoksiin.[198] Yksityisten toimintayksiköiden julkinen rahoitustuki järjestettiin siten, että kunnat ostavat sosiaali- ja terveydenhuollon palveluja tällaisilta toimintayksiköiltä. Kunnan tai kuntaliiton tuli suorittaa yksityiselle toimintayk-

---

[195] KM 1971: A 25, s. 48.
[196] KM 1971: A 25, s. 14 ja 49.
[197] HE 101/1981 vp, s. 18.
[198] *Puro*, haastattelu.

sikölle sen antamasta palvelusta todellisten kustannusten mukainen korvaus, joka sisältyy kunnan tai kuntainliiton sosiaali- ja terveydenhuollon valtionosuuteen oikeuttaviin kustannuksiin (HE 101/1981 vp, s. 5 ja 12).[199]

Järjestöjen asemasta ei enää nykyisen sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuuksista annetun lain (STVOL, 733/1993) valmisteluasiakirjoissa ole mainintoja.

5.5 RAHA-AUTOMAATTIAVUSTUSTEN KÄYTTÖ JA JULKISYHTEISÖJEN RAHOITUSVASTUU

Arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan avustuksia Raha-automaattiyhdistyksen tuotosta voidaan myöntää vain sosiaali- ja terveysalan yhteisöille ja säätiöille, ei siten julkisyhteisöille. Kielto sisältyi myös vuoden 2001 loppuun saakka voimassa olleeseen raha-automaattiasetuksen (676/1967) 29 §:n 2 momenttiin. Sen mukaan ”avustusta älköön kuitenkaan myönnettäkö menoihin, joiden suorittaminen kuuluu lakisääteisesti tai muutoin ilmeisesti valtiolle, kunnalle tai uskonnolliselle yhdyskunnalle”.

Avustuksia ei saanut siis myöntää julkisyhteisön vastuulla olleisiin menoihin silloinkaan, kun avustuksen välittömänä saajana oli järjestö. Tarkoituksena oli kaksinkertaisen rahoituksen estäminen. Kielto on todettu myös uutta arpajaislakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 197/1999 vp, s. 90).[200] Kieltoa ei ole hallituksen esityksessä tarkemmin yksilöity, mutta sillä on katsottava tarkoitetun, ettei raha-automaattiavustuksella voida rahoittaa toimintaa, jonka rahoitusvastuu perustuu johonkin muuhun säädökseen. Kaksinkertaisen rahoituksen järjestelmä syntyisi, mikäli raha-automaattiavustuksia myönnettäisiin menoihin, joiden rahoittamiseksi kunnilla on verotusoikeus tai STVOL-säännösten perusteella mahdollisuus saada valtionosuuksia.[201]

Lainsäädäntö oli kuitenkin jo ennen vuoden 2002 voimaan tullutta arpajaislakia tulkinnanvarainen. Hallituksen esityksestä (HE 197/1999 vp, s. 90) ilmenee, että raha-automaattiasetuksen 29 §:n säännöksen tarkoitusta oli tulkittu käytännössä siten, että avustuksia ei myönnetty, jos kunnalla oli ollut jonkin toiminnon osalta *lakiin perustuva erityinen järjestämisvelvoite* tai *kansalaisella subjektiivinen oikeus palvelun saamiseen*. ”Periaatetta oli tarkoitus noudattaa myös jatkossa ja se käy ilman erityistä säädöstä riittävästi ilmi jo kyseisistä erityislaeista.” Tämä lain perustelu on sikäli epäselvästi kirjoitettu, ettei viittaus ”kyseisistä

---

[199] HE 101/1981 vp, s. 5 ja 12.
[200] HE 197/1999 vp, s. 90.
[201] *Laiho*, haastattelu. Laiho oli keskeisessä roolissa arpajaislain ja avustuslain valmistelussa.

erityislaeista" ole yksiselitteinen. Viittauksella erityislakeihin näytetään tarkoitetun sosiaali- ja terveysalan lainsäädäntöä, jonka perusteella määräytyy kunnan erityinen sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva järjestämis- ja rahoitusvelvollisuus.[202]

Raha-automaattiasetuksen 29 §:n alkuperäistä tarkoitusta, jonka mukaan avustuksia ei myönnetä kuntien lakisääteisiin menoihin, oli lievennetty vuosien kuluessa tarkoituksenmukaisuussyistä.[203] Tämä johtui toisaalta siitä, että Raha-automaattiyhdistyksen tuotot olivat kehittyneet merkittävästi raha-automaattiasetuksen säätämisen jälkeen, erityisesti 1980-luvulla. Tuotoista oli siten mahdollisuus rahoittaa järjestötoiminnan lisäksi palveluja, jotka olivat perinteisesti olleet kuntien järjestämisvastuulla. Raha-automaattirahoituksen turvin eräät järjestöt laajensivat toimintaansa palvelutoiminnan alueille ja samalla avustukset helpottivat kuntien taloudellista rasitetta. Useimmiten hyvistä käytännön tarpeista johtuen tulkinta erkaantui säädöksen alkuperäisestä tarkoituksesta.[204] Vanhainkoteja ja vanhustentaloja rakennettiin Raha-automaattiyhdistyksen tuotoilla suorastaan kuntien aloitteesta ja tarpeeseen perustamalla muodollisia yhdistyksiä, joissa kunnilla oli vankka edustus. Tässä järjestöä käytettiin ikään kuin bulvaanina, kuten asia ilmaistaan Raha-automaattiyhdistyksen historiikissa.[205] Useat järjestöt saivat vielä 1990-luvun loppuun saakka suurimman osan avustuksista (yhdistykset vuosina 1966–1999 yhteensä 115,8 milj. markkaa) rakennusinvestointeihin, kuten palvelutalon rakentamiseen tai vanhustentalon tai vanhusten vuokratalojen korjaukseen.[206]

Raha-automaattiyhdistys ei rahoittanut ennen 1980-lukua järjestöjen harjoittamaa palvelutoimintaa, sillä huomattava osa järjestöistä sai valtion suoria avus-

---

[202] HE 197/1999 vp, s. 90. Valtiontalouden tarkastusviraston vuonna 2002 valmistuneesta selvityksestä ilmenee kuitenkin se, ettei sosiaali- ja terveysministeristä pystytty tarkentamaan, mihin sosiaali- ja terveyspalveluihin avustusta saisi myöntää tai mitä hallituksen esityksen perustelu itse asiassa tarkoittaa. Virasto on hakenut tulkinta-apua arpajaislain 22 §:n 1 momentin perusteluista, joiden mukaan järjestöjen tehtävänä on nimenomaan täydentää kunnallisia palveluja, ei järjestää niitä kokonaan. Tätäkin päätelmää virasto piti aiheellisesti tulkinnanvaraisena. Epäselvää on, pitääkö järjestön palvelujen täydentää kunnan vanhustenhuollon *palvelurakennetta* vai kunnan vanhustenhuollon *tiettyä palvelumuotoa*. Ks. Valtiontalouden tarkastusvirasto, Raha-automaattiavustukset vanhus- ja vammaishuoltoon, s. 31.

[203] Ennen arpajaislakia voimassa olleessa raha-automaattiasetuksessa oli sisäistä ristiriitaisuutta. Siihen sisältyi kielto myöntää avustuksia menoihin, joista esimerkiksi kunnalla oli lakisääteinen vastuu. Kuitenkin asetuksen 29 §:n 1 momentin mukaan avustusta voitiin myöntää esimerkiksi vanhustenhuoltoon, joka kiistatta kuului kuntien järjestämisvastuulle. Raha-automaattiavustuksia onkin suunnattu huomattava määrä yhteiskunnan vanhus- ja sosiaalipoliittisten linjausten ja tarvelaskelmien perusteella vanhushuollon toimialalla toimiville järjestöille, erityisesti vanhusten palvelutalojen rakentamiseen. Ks. tästä myös *Myllymäki – Tetri*, 2001, s. 142–143.

[204] Näin haastattelussa myös RAY:n avustustoiminnan johtaja *Salokorpi*.

[205] *Kortelainen*, 1988, s. 219 ss. Kortelainen on siteerannut mm. Ensi Kotien Liiton silloista toiminnanjohtajaa Aira Heinästä.

[206] Valtiontalouden tarkastusvirasto, Vanhustenhuollon rahoitus, Tarkastuskertomus 6/2000, s. 96.

tuksia. Avustuskohteina olivat varsinaisen kansalaisjärjestötoiminnan lisäksi erilaiset järjestötoiminnan sekä sosiaali- ja terveyspalvelujen kehitysprojektit. Erityisen merkittäviä investointirahoituskohteita olivat paikalliset vanhustentalot. Vuoden 1982 SVOL-uudistuksen myötä myös järjestöt alkoivat kehittää omaa ”myytävää” palvelutoimintaa, joka sitä ennen oli ollut järjestötoimintaan kuuluvaa auttamistyötä. Hyvinvointivaltio miellettiin jo tuolloin kehittyneiden peruspalveluiden kautta, ja niiden tuottamisessa myös järjestöt halusivat olla mukana. Raha-automaattiyhdistyksen pelitoiminnan tuottama rahamäärä ja rahan käyttötarve järjestötoimintaan olivat vuosittain käytännössä tasapainossa, vaikka avustuksilla katettiin näin aikaisemmasta poikkeavia kohteita.[207]

Eräät järjestöt aloittivat uutena toimintamuotona palvelutoiminnan (esimerkiksi kotipalvelut), vaikka se periaatteessa ei olisikaan sopinut järjestelmään, jossa palvelujen järjestämisvastuun katsottiin kuuluvan julkisen vallan yksiköille. Tämä kehitys oli avustusta hakeneiden järjestöjen, valtion, kuntien ja myös Raha-automaattiyhdistyksen yhdensuuntaisessa intressissä, eivätkä yritykset kään alussa pitäneet kehitystä ongelmana. Varojen käytön laajentaminen koettiin yhteiskunnan kokonaisedun mukaiseksi. Mikäli rahapelituottoja ei olisi voitu suunnata järjestöjen käyttöön, oli pelkona, että valtio olisi siirtänyt entistä suuremman osuuden ”ilman korvamerkintää” menojensa kattamiseen. Tämän koettiin rapauttavan Raha-automaattiyhdistyksen toiminnan oikeutusta.[208]

Yritykset ja niiden etujärjestöt alkoivat kritisoida eräiden lomatoiminnan ja kotipalvelutoiminnan kohteiden avustamista jo 1980-luvulla. Kritiikki kilpailuhäiriöistä kohdistui 1990-luvun loppupuolella myös muille palvelualueille.[209] Vuoden 1991 jälkeen perustetuista paikallisyhdistyksistä lähes puolet arvioi rahoituslähteiden vaikuttaneen yhdistyksen perustamiseen, ja Raha-automaattiyhdistyksen avustukset ovat vaikuttaneet joka kolmannella yhdistyksellä niiden perustamiseen ja rekisteröitymiseen. Luvut koskevat myös yhdistyksiä, jotka eivät tuota palveluita.[210]

Järjestöjen valtionapujärjestelmän purkamisen johdosta aikaisempi valtion rahoitusvastuu siirrettiin Raha-automaattiyhdistykselle. Tällaisia siirtoja olivat mm. eläkeläisjärjestöjen, ammatillisten lomajärjestöjen, päihde- ja raittiustyöjärjestöjen sekä aistivammaisjärjestöjen avustukset. Myös valtio alkoi 1980-luvulla siirtää eräitä aikaisemmin valtion budjetista maksettuja kohteita (esimerkkeinä kuntien nuorisotyö ja A-klinikkasäätiö) rahoitettaviksi Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista. Tarkoituksenmukaisena ei pidetty kasvattaa perinteisten järjes-

---

[207] *Mykrä*, haastattelu.
[208] Ibid.
[209] Myös kirjoittaja oli jo tuolloin Raha-automaattiyhdistyksen palveluksessa ja saattoi tehdä nämä johtopäätökset.
[210] Ks. Paikkansa pitävät, s. 54.

töjen järjestöavustuksia. Perusteina valtion suurenevalle osuudelle olivat mm. työllisyyspoliittiset tarpeet ja UKK-instituutin rahoitustarve.[211]

Arpajaislakia koskevasta hallituksen esityksestä on nähtävissä, että vuoden 2002 alusta voimaan tulleen arpajaislain mukaan avustuksia ei tulisi myöntää julkisyhteisön järjestämisvastuulla oleviin menoihin. Arpajaislakiin ei ollut tarpeen sisällyttää nimenomaista kieltoa myöntää avustusta julkisyhteisöille siitä syystä, että arpajaislaki laadittiin nyt rakenteellisesti uudella tavalla. Siinä sanottiin nyt positiivisesti se, että avustuksia voidaan myöntää vain niiden myöntämiseen oikeuskelpoisille yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille sekä se, että tuotto käytetään terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen. Kumotussa raha-automaattiasetuksessa avustuksen saajat oli määritelty poissulkevasti kieltoperiaatteella. Lain säätäminen ei kuitenkaan aiheuttanut välittömiä muutoksia avustuskäytäntöön.

Valtio on edellä olevassa tilanteessa ohjannut raha-automaattiavustuksia koskevan avustuslain perusteella varoja kuntien toimintaan. Tätä voidaan pitää periaatteessa STVOL:n kanssa rinnakkaisena valtionosuusjärjestelmänä. Päätöksentekomenettely on tältä osin ollut demokraattisen päätöksenteon sekoitus, joka on toteutunut sekä kansalaisten paikallistason aktiivisuutena että valtioneuvoston tason päätöksentekomenettelynä.

Myös valtioneuvoston päätöksellä myönnettävät raha-automaattiavustukset saattavat ohjata kuntia hankkimaan palveluja avustuksia saavilta järjestöiltä. Tämä johtuu siitä, että kunnat ovat käytettävissään olevien varojen niukkuudesta johtuen pyrkineet ohjaamaan palvelutoimintaa raha-automaattiavustuksilla rahoitettuihin kohteisiin. Lopputulos on tällaisessa tapauksessa sama, josta vuoden 1982 SVOL:lla haluttiin päästä eroon. Palveluista osallisiksi tulevien kansalaisten kannalta tämä on ollut ilmeisestikin hyvä ratkaisu, mutta kunta- ja sosiaalilainsäädännössä kunnille sälytetty palvelujen järjestämis- ja rahoitusvastuun periaate eivät sellaisenaan toteudu.

Arpajaislain 22 §:n 2 momentissa mainittujen poikkeusten osalta ei ole tulkintavaikeuksia. Siinä on kysymys aikaisemmin valtion budjettivaroista rahoitetuista kohteista. Lainkohdassa todetaan nyt nimenomaisesti, että valtion talousarvioon otetun määrärahan rajoissa voidaan 1 momentissa tarkoitettuja tuottoja käyttää myös rintamaveteraanien kuntoutuksesta annetussa laissa (1184/1988), eräissä Suomen sotiin liittyneissä tehtävissä palvelleiden kuntoutuksesta annetussa laissa (1039/1997) ja sotilasvammalain (404/1948) 6 d §:ssä säädettyihin menoihin. Lisäksi pykälän 3 momentin mukaan tuottoja voidaan käyttää näkövammaisten kirjastosta annetun lain (638/1996) 5 a §:ssä tarkoitettujen toimitilojen perustamismenoihin. Hallituksen esityksen perusteluista ilmenee, että tältä

---

[211] *Mykrä*, haastattelu. Ks. myös *Kortelainen*, 1988, s. 248.

osin pyrittiin ”laillistamaan” käytäntö, joka oli muodostunut 1990-luvun valtiontalouden säästöohjelman seurauksena. Hallituksen esityksessä todettiin säännösten olevan poikkeus lainkohdan 1 momentissa tarkoitetusta järjestöperiaatteesta.[212]

Arpajaislaissa erikseen mainitut raha-automaattivarojen käyttökohteet ovat pikemminkin Raha-automaattiyhdistyksen tuotoille ennalta määriteltyjä käyttökohteita kuin avustuslain tarkoittamina avustuksina, sillä käyttötarkoitusten osalta ei ole enää olemassa avustuslain 4 §:n tarkoittamaa harkintamahdollisuutta. Rahoituksen yhteiskunnallinen välttämättömyys on päätetty suoraan lainsäätäjän toimesta.

5.6 KUNTIEN VASTUU SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUJEN RAHOITUKSESTA

Edellä esitetty osittain käytännönläheinen tapahtumakuvaus perustuu lainsäädäntöön ja sen valmisteluasiakirjoihin sekä tutkimuksen yhteydessä esille tulleeseen kirjallisuuteen ja haastatteluihin. Se osoittaa, että hyvinvointipalvelujen kehittämisessä on 1980-luvun alusta ollut johtavana periaatteena julkisyhteisön, kunnan, primaarinen vastuu hyvinvointipalvelujen tuottamisesta. Tähän on tähdännyt myös palvelujen rahoitusta koskevan lainsäädännön uudistus sekä 1980- että 1990-luvun alussa.

Julkisen vallan periaatteellinen vastuu on asetettu kattavasti sosiaalisista perusoikeuksista annetussa perustuslain 22 §:ssä ja erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluista 19 §:n 3 momentissa. Perustuslain mukaisesti säädetty sosiaali- ja terveydenhuollon lainsäädäntö on terminologisesti niin avointa, että melkein mikä tahansa sosiaali- tai terveyspalvelu voidaan sisällyttää julkisen vallan eli normaalisti kuntien tehtävien piiriin.[213] Esimerkiksi sosiaalihuoltolain 17 §:n 1 momentissa sosiaalipalveluista oleva määritelmä on niin kattava, että on vaikea löytää järjestöjen toiminnasta tehtävää, joka ei olisi sisällytettävissä edellä olevan lainkohdan mukaiseen luetteloon. Luettelo sisältää mm. toiminnan laitoksessa ja asiakkaan kodissa, yksilön ja perheen, vammaisten työllistymistuen ja vammaisten työtoiminnan. Näkökulmana ovat sosiaalipalveluita tarvitsevat lap-

---

[212] Arpajaislakia koskevassa hallituksen esityksessä (HE 197/1999 vp, s. 90), on nähtävissä epäsuorasti ilmaistu kritiikki käytännön avustustoiminnan ja voimassa olleen lainsäädännön eroavuudesta. Siinä todetaan, että ”rahoitusta oli suunnattu suoraan valtiolle raha-automaattiasetuksen menettelytapanormit sivuuttaen”.

[213] Toisaalta väljiä normeja perustellaan kunnan toimintavapaudella, samalla kun subjektiivisiin oikeuksiin suhtaudutaan kielteisesti niiden kunnallista itsehallintoa rajoittavan luonteen vuoksi. *Pajukoski*, 2006, s. 325.

set, aikuiset sekä vanhukset. Vastuu kattaa myös sosiaalityötä kehittävän ja kokeilevan toiminnan.

Sosiaali- ja terveysjärjestöjen käytännön toimintaa on varsin vaikea jäsentää sosiaalilainsäädännön materiaalisen sisällön mukaisesti. Tämä johtuu siitä, että järjestötoiminta on kehittynyt kunkin järjestön piirissä tärkeiksi koetuista asioista, mikä on johtanut järjestötoiminnan monimuotoisuuteen. Järjestöjen toiminnan sisällöllinen moninaisuus on ymmärrettävissä myös siten, että yhdistysten julkisen vallan yksiköihin nähden autonomisesta asemasta johtuen järjestöjen toimintaa on kehitetty riippumattomasti julkisen vallan päätöksenteosta ja tavasta jäsentää eri palvelut.

Raha-automaattiavustuksia ei tulisi käyttää menoihin, jotka kuuluvat kunnan järjestämisvastuun piiriin. Arpajaislain 17 §:n 2 momentin väljän ilmauksen mukaan tuotto käytetään ”terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen”. Avustusta ei tule arpajaislakia koskeneen hallituksen esityksen mukaan myöntää, mikäli kunnalla jonkin toiminnon osalta on erityinen järjestämisvelvoite tai kansalaisella subjektiivinen oikeus. Tämäkin todellisuudessa avustuskäytännössä muotoutunut tulkinta on jo lievennys kaksinkertaisen rahoitusjärjestelmän periaatteesta. Kunnan erityisen järjestämisvastuun ja subjektiivisen oikeuden tunnistaminen tuottaa jo sellaisenaan vaikeuksia. Esimerkkinä tällaisesta vaikeudesta ovat päihdehuoltopalvelut. Terveydenhuollon palveluissa ei jakoa subjektiivisiin ja muihin oikeuksiin voida ylipäätänsä soveltaa.

Arpajaislain 22 §:n 1 momentin säännöksen sisältö onkin jäänyt tulkinnanvaraiseksi ja osin ristiriitaiseksi sikäli, että sen perusteella on vaikea tehdä kunnan ja järjestöjen rahoitusvastuun välistä vastuunrajausta.[214] Myöskään arpajaislain 17 §:n 2 momentin määritelmä perusteella rajausta ei ole tehtävissä. Vuosien saatossa avustuskäytännössä muodostuneen tulkinnan mukaan avustuksia voitaisiin käyttää menoihin, jotka kuuluvat kunnan yleisen järjestämisvelvollisuuden piiriin. Uuden arpajaislain tultua voimaan vuonna 2002, ei olisi siten arpajaislaista johtuvia esteitä myöntää avustuksia kunnan lakisääteisellä vastuulla olevien sosiaalihuollon palvelujen rahoittamiseksi, jos palvelun tuottajana on järjestö.

Edellä esitettyä lopputulosta ei voida pitää oikeusjärjestyksen kokonaisuus huomioon ottaen johdonmukaisena. Jo vuoden 1982 SVOL:n valmisteluasiakirjoista ilmenee, että kunnan järjestäessä vastuullaan olevat palvelut ostopalveluina järjestöiltä, tulee sen suorittaa niistä *täysi korvaus*. Täydellä korvauksella tarkoitetaan sitä, että kaikki palvelun tuottamiseksi välttämättömät kiinteät ja muuttuvat kustannukset tulevat katetuiksi. Näin ei kuitenkaan tapahtunut, sillä

---

[214] Näin myös *Narikka*, 2001, s. 75.

useissa tapauksissa kunnat ovat maksaneet vain toiminnan käyttömenot.[215] Arpajaislailla hyväksytyn käytännön voidaan perustellusti katsoa olevan myös vastoin STVOL-säännösten tarkoittamaa valtionosuuksien bruttoperiaatetta. Sen johtaa samaan lopputulokseen, josta vuoden 1982 SVOL:lla haluttiin eroon. Tällä lailla haluttiin estää se, että kunnat pyrkivät siirtämään palvelujen tuottamisvastuun valtioavustuksia saaville järjestöille, koska siten kunnat välttyvät palvelujen järjestämiskustannuksilta.

Tulkintaperiaatteena lainsäädännön systematiikka yksin ei ole kuitenkaan kestävä, sillä lainsäätäjä voi olla ”oikullinen”. Tämä ei kuitenkaan poista mahdollisuutta kritisoida arpajaislain viime vuosien käytännön soveltamista. Vaikka arpajaislain tarkoitusta voidaan perustella säädössystematiikankin perusteella, on ristiriitaisten säännösten perusteella mahdollista erkaantua poliittisista tarkoituksenmukaisuussyistä kauaskin arpajaislain tavoittelemasta raha-automaattivarojen käyttötarkoituksesta.

Aina ei kuntienkaan vastuu ole selvä, sillä järjestöt ovat kokeneet tarpeelliseksi kehittää palveluja tai palvelukokonaisuuksia, joita ei lainsäädännön perusteella voida sijoittaa kunnan vastuulle. Esimerkkinä näistä kohteista voidaan mainita paikallisille tukiyhdistyksille myönnetty avustus lääkäri- ja pelastushelikopteritoimintaan, yhteensä yli 20 milj. euroa, joka luontevasti kuuluisi kansanterveyslain mukaisiin palveluihin.[216] Kansanterveyslain 14 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan kunnan tehtävänä on huolehtia sairaankuljetuksen hoitamisesta alueellaan ja ylläpitää lääkinnällistä pelastustoimintaa. Erikoissairaanhoitolain (1062/1989) mukaan lääkinnällinen pelastustoimi kuuluu erikoissairaanhoitolain piiriin. Sairaankuljetuksen ja ensihoidon käsitteet, toimintaedellytykset sekä terveyskeskuksen ja sairaanhoitopiirin tehtävät määritellään sairaankuljetusasetuksessa (565/1994).[217]

Terveydenhuollon lainsäädännön määrittelemisessä palvelujen ylläpitämisen ja niiden rahoittamisen kannalta on erikoista se, että lainsäädännöllä ei ole nähty mahdolliseksi päättää sairaankuljetustoiminnan ja siihen liittyvän lääkäritoimen järjestämisestä osana kansanterveystyötä, mutta julkisessa intressissä oleva palvelu on mahdollista järjestää yksityisoikeudellisten yhdistysten toimesta, kuitenkin siten, että valtio rahoittaa toiminnan kustannukset.

---

[215] Ks. Valtiontalouden tarkastusvirasto, Vanhustenhuollon rahoitus, Tarkastuskertomus 6/2000, s. 97.

[216] Ks. Lääkäri- ja pelastushelikopteritoiminnan järjestäminen ja rahoitus, Työryhmän raportti, s. 12–14.

[217] Sisäasiainministeriön 9.2.2006 asettama työryhmä ehdotti ensisijaisena vaihtoehtona, että lääkäri- ja pelastushelikopteritoiminta tulisi järjestää vuodesta 2010 alkaen julkisella rahoituksella eli budjettirahoituksen mallilla. Nykyistä kumppanuusmallia jatkettaisiin nykyisten lento-operaattorisopimusten voimassaoloajan. Lääkäri- ja pelastushelikopteritoiminnan rahoitus ja hallinnointi, Työryhmän raportti, Sisäasianministeriön julkaisuja 10/2007, s. 11 ja 13.

Selvästikin valtion vastuulla olevasta toiminnasta voidaan mainita esimerkkinä terveydenhuollon valtakunnallisista rekistereistä annetun lain (556/1989) ja sen perusteella annetun vastaavan asetuksen (774/1989) mukaiset rekisterit. Asetus sisältää mm. syöpärekisterin (7 §), johon talletetaan sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskukselle kansanterveyslain 4 §:ssä, erikoissairaanhoitolain 5 §:ssä ja sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskuksesta annetussa laissa säädettyjen tehtävien hoitamiseksi kannalta tarpeelliset tiedot. Vastaava on edellä mainitun asetuksen 9 §:n mukainen näkövammarekisteri. Edellä mainitun asetuksen 11 §:ssä säädetty, että sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus voi sopia Näkövammaisten Keskusliitto ry:n kanssa näkövammarekisterin ylläpitämisestä ja Suomen Syöpäyhdistys ry:n kanssa syöpärekisterin ylläpitämisestä. Ylläpito on rahoitettu tämän järjestelyn seurauksena Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista. Käytännössä tässä tilanteessa on mainitulle järjestöille säädökseen sisältyvän valtuutuksen nojalla annettu julkisen palvelun tehtävä, joka rahoitetaan julkisista varoista.

Eräs erikoisuus liittyy lakiin kuntouttavasta työtoiminnasta (laki 736/1992). Kunta voi järjestää kuntouttavan työtoiminnan itse, tekemällä kirjallisen sopimuksen sen järjestämisestä toisen kunnan tai kuntayhtymän taikka *rekisteröidyn yhdistyksen, rekisteröidyn säätiön*, valtion viraston tai rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan kanssa. Kunnan tulee antaa tieto työvoimatoimistolle kuntouttavan työtoiminnan järjestämiseksi tekemästään sopimuksesta. Kuntouttavaa työtoimintaa ei saa lain 6 §:n 2 momentin mukaan hankkia yritykseltä. Hallituksen esityksessä (HE 184/2000 vp, s. 25) tätä rajausta perustellaan siten, että koska kuntouttavassa työtoiminnassa on kysymys toimenpiteestä, jota ei tehdä virkasuhteessa tai työsopimuslain mukaisessa työsuhteessa, ei ole tarkoituksenmukaista järjestää toimintaa yrityksessä, jonka toiminta perustuu taloudellisen voiton tuottamiseen.[218] Laissa on otettu samalla varsin pitkälle menevä ideologinen kanta. Sen mukaan yksityisen voitontavoittelun on katsottava olevan ristiriidassa kuntouttavaan työtoimintaan liittyvien yhteiskunnallisten arvojen kanssa. Vastaavaa kannanottoa ei ole muiden sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta tehty, sillä STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan pääsäännön mukaan palvelut voidaan ostaa myös yksityisiltä yrityksiltä.

[218] Ks. HE 184/2000 vp, s. 25.

5.7 JÄRJESTÖN TOIMINNAN TARKOITUS JA PALVELUJEN TUOTTAMINEN

Yhdistyslaki asettaa yleishyödyllisten järjestöjen toiminnalle periaatteellisia rajoituksia, jotka estävät niitä toimimasta myös sosiaalilainsäädännön alaan kuuluvien palvelujen tuottajina. Edellytyksenä on, että sisällöltään taloudellinen toiminta toteuttaa yhdistyksen aatteellista tarkoitusta. Tällaisesta on kysymys erityisesti silloin, jos yhdistys huolehtii viimesijaisista elämisen edellytyksistä esimerkiksi järjestämällä kohtuulliset asumisolosuhteet silloin, kun järjestö katsoo kunnan laiminlyöneen tämän tehtävän. Perusoikeuksien turvaamisen näkökulmasta ei tämä sinänsä olisi yhdistykselle kuuluva tehtävä.

Yhdistykset voivat siten harjoittaa yhdistyslain estämättä laajaakin palvelutoimintaa, jonka järjestämisvastuu sosiaalilainsäädännön perusteella kuuluu julkisen vallan edustajana kunnalle. Yhdistysautonomiasta seuraa kuitenkin se, ettei yhdistyslain tarkoittama aatteellinen yhdistys voi ottaa vastatakseen vain viranomaiselle kuuluvia viranomaistehtäviä. Yhdistys voi tuottaa kunnan tilaamia palveluja STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaisessa ostopalvelusopimussuhteessa.

Hankintalain mukaan sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan sopimuksen solmimista on tullut edeltää lain säännösten mukainen menettelytapa, yleensä kilpailuttaminen, mikäli suorahankinnan edellytyksiä ei ole ollut. Taloudellisten etujen tavoittelusta ei tarvitse olla tällaisessakaan tilanteessa kysymys, sillä yhdistys ei tavoittele voittoa, eivätkä esimerkiksi yhdistykseen kuuluvat johtohenkilöt itselleen normaalia suurempia taloudellisia etuuksia. Periaatteessa yhdistyksellä on mahdollista lukea hyödykseen vapaaehtoispanokset, jotka se saa jäsenistöltään joko työsuoritusten tai taloudellisten panostusten muodossa. Tämä koskee myös julkisten hankintojen kilpailutustilannetta.

Käytännössä tällaisia etuja kuitenkaan ei ole olemassa. Lainsäädännön henkilöstölle asettamista professionaalisuuden vaatimuksista sekä toimitiloja koskevista ehdoista johtuen ei käytännössä ole suuriakaan mahdollisuuksia sille, että yhdistyksen toimintakustannukset näistä johtuen olisivat yritysten vastaavia alemmat. On mahdollista, että yhdistyksen pääomakulut ovat lahjoituksista tai muun ilman pääomatuottovaatimusta olevan rahoituksen johdosta yrityksen kuluja pienemmät. Sellaisia tekijöitä, joita järjestöt aidosti pitävät toimintansa lisäarvona, kuten yritystoimintaan verrattuna kokonaisvaltaisempi filantropiaan perustuva huolenpito asiakkaasta, ei ole hankintamenettelyssä mahdollista asettaa valinnan avoimiksi kriteereiksi rikkomatta tasapuolisen kohtelun vaatimusta. Kyseiset piirteet liittyvät kysymykseen hoitohenkilöstön ammattietiikasta, jonka noudattaminen on työnantajasta riippumatonta.

Hankintamenettelyä koskevien oikeusperiaatteiden, tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimusten johdosta kunta joutuu ottamaan huomioon

myös tarjoajan mahdollisesti saamat julkiset tuet. Valtioneuvoston myöntämien raha-automaattiavustusten osalta tämä merkitsee ilmeisestikin sitä, ettei sellaisia avustuslain 4 §:n 2 momentin määräyksen johdosta voida järjestölle ylipäätänsäkään myöntää. Julkisen tuen myöntämisen edellytyksiä tarkastellaan myöhemmässä vaiheessa tätä tutkimusta. Edellä mainittujen periaatteiden velvoittavuus merkitsee joka tapauksessa kunnan osalta sitä, ettei kunta itse voi myöntää selektiivisesti tukea vain järjestölle.

Voiko yhdistyksen aatteellisuus toteutua, jos yhdistykset joutuvat käytännössä kilpailemaan sopimuksista? Lisäksi voidaan kysyä, muuttaako kilpailuttamisvelvoite käytännössä myös raha-automaattiavustuksia koskevan lainsäädännön joustavaa soveltamista. Näihin kysymyksiin palataan tutkimuksen johtopäätöksissä.

IV
SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUT ELINKEINOTOIMINTANA

1 Johdanto

Markkinatalous rakentuu pääasiassa yritysten perustamista, markkinointia ja kuluttajansuojaa koskevien yleisluontoisten oikeussäännösten muodostamalle pohjalle. Se perustuu sarjalle valtiosääntöoikeudellisia lainsäädäntötoimia, joihin kuuluvat elinkeino- ja sopimusvapaus, liikkeenperustamisoikeus ja työntekijöiden vapaa liikkuvuus, annettujen sitoumusten noudattamista koskeva velvoiteoikeus sekä suoritusten laiminlyönnin varalta pakkotäytäntöönpano-, maksukyvyttömyys- ja konkurssioikeus. Näitä koskevia yleisiä säännöksiä täydentää ja modifioi joukko erityissäännösten luonteisia normeja, jotka rajoittuvat koskemaan tiettyä elinkeinonhaaraa tai tuotanto- ja jakelutapaa. Nämä yleis- ja erityissäännökset muodostavat yhdessä oikeudelliset kehykset elinkeinotoiminnan harjoittamiselle ja yritysten toiminnalle markkinoilla.[1]

Kansainvälisen markkinaoikeuden muodostaa osaltaan kansainväliseen taloudelliseen integraatioon ja sen syventämiseen tähtäävä ylikansallisia markkinoita säätelevä sopimusjärjestelmä.[2] Siihen kuuluvat ne valtioiden väliset sopimukset, jotka koskevat kansainvälisen kaupan esteiden poistamista tai uusien mahdollisten esteiden ennaltaehkäisyä, valtioiden välistä taloudellista yhteistoimintaa sekä yritysten toiminta- ja kilpailumahdollisuuksia yli valtion rajojen.[3]

Tässä tutkimuksessa esillä olevat kysymykset liittyvät monella tavoin markkinaoikeuteen. Raha-automaattiyhdistyksen tuotonjakoa koskeva avustuslaki kytkee avustusta saavien järjestöjen toiminnan markkinoiden toimintaa ja kilpailua koskeviin sääntöihin. Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohta säätää, että raha-automaattiavustusta voidaan myöntää, jos sen myöntämisen ei arvioida aiheuttavan muita kuin vähäisiä kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa. Lisäksi lain 4 §:n 2 momentti määrää, ettei avustus yhdessä muiden julkisten tukien kanssa saa ylittää Euroopan yhteisön tai Suomen lainsäädännössä säädettyä valtionavustuksen tai julkisen tuen enimmäismäärää. Julkisia hankintoja koskevan Euroopan yhteisön lainsäädännön tavoitteena on taata julkisten hankintojen avaaminen kilpailulle, kuten asia ilmaistaan uuden hankintadirektiivin (2004/18/EY) johdanto-osan

---

1 *Bernitz – Tiili*, 1974, s. 2 ja *Kuoppamäki*, 2003, s. 40 ss.

2 Marknadsrätt (1969), s. 63. Markkinaoikeudella tarkoitetaan sitä oikeusjärjestyksen osaa, jonka tehtävä on säännellä elinkeinotoimintaa eli yritysten toimintaa markkinoilla, yritysten perustamista ja yritystoiminnan harjoittamista, markkinointia, kilpailua ja kuluttajansuojaa. Markkinaoikeuden käsitteestä myös *Rissanen – Tiili – Mäkinen*, s. 18.

3 *Castrén*, 1997, s. 3 ja 16.

2 kappaleessa.[4] Markkinoiden toimintaan viittaa myös hankintalain 1 §:n tavoite yritysten mahdollisuudesta tarjota muun muassa palveluja sekä 2 §:n periaate kilpailuolosuhteiden hyväksikäytöstä.

Läpi koko tämän tutkimuksen on esillä kysymys siitä, voiko sosiaali- ja terveysjärjestöillä ja raha-automaattiavustuksilla olla erityinen asema järjestöjen tuottaessa yhteiskunnan tärkeinä pitämiä sosiaali- ja terveyspalveluja. Tässä ja seuraavassa eli V osassa selvitetään, millä tavoin Euroopan yhteisön taloudellinen integraatio liittyy sosiaali- ja terveyspalveluihin sekä miten markkinaoikeus säätelee sosiaali- ja terveyspalveluja tuottavia yrityksiä yleisesti, ja erityisesti sosiaali- ja terveysjärjestöjä. Tässä IV osassa erityisen mielenkiinnon kohteena ovat julkisia tukia koskevat säännöt.

---

[4] Tavoite todetaan mm. yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa asiassa C-380/98, *Cambridge*, k. 16 ja asiassa C-237/99, *komissio v. Ranska*, k. 41.

2 Elinkeinotoiminnan harjoittamisen oikeus

2.1 ELINKEINONVAPAUS PERUSOIKEUTENA

Elinkeinon vapauden käsite liittyy sopimusvapauteen ja yksityiseen omistusoikeuteen. Sopimusvapaudella tarkoitetaan oikeusjärjestyksen sopijapuolille suomaa oikeutta muotoilla keskinäiset suhteensa haluamallaan tavalla ja oikeusjärjestyksen tälle suhteelle tuomaa suojaa. Omistusoikeus merkitsee periaatteessa täydellistä, yksinomaista ja jakamatonta oikeudellista valtaa esineeseen tai muuhun omaisuuteen nähden. Kilpailunvapaus voidaan puolestaan ymmärtää elinkeino- ja sopimusvapauden sekä omistusoikeuden muodostaman kolmikannan peilikuvana. Edellä mainitut vapausoikeudet suojaavat yksityistä oikeussubjektia suhteessa julkiseen valtaan. Kilpailuoikeus suojaa sitä, ettei samoja oikeuksia perusteettomasti rajoiteta muihin elinkeinonharjoittajiin nähden.[5]

Elinkeinon harjoittamisen vapaus säädettiin perusoikeudeksi vuoden 1996 perusoikeusuudistuksessa, jolloin se sisällytettiin silloisen hallitusmuodon 15 §:n 1 momentiksi. Jokaisella on sen mukaan oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Aatehistorialliselta kannalta on merkittävää, että perustuslaissa vahvistettiin nyt ensimmäistä kertaa yritystoiminnan vapauden periaate.[6] Elinkeinon harjoittamisen vapaus perusoikeutena sisältyy nyt perustuslain 18 §:n 1 momenttiin. Perustuslain 22 § edellyttää julkisen vallan turvaavan myös tämän vapausoikeuden toteutumista.[7]

Perustuslakivaliokunta totesi perusoikeusuudistusta koskeneessa mietinnössään (PeVM 25/1994 vp, s. 4), että kysymys lainsäätäjän oikeudesta rajoittaa perusoikeuksia jäisi vastaisuudessakin merkittävässä määrin eduskunnan itsensä, viime kädessä perustuslakivaliokunnan ratkaistavaksi. Perusoikeuksien sallitut rajoitusedellytykset määräytyvät osaksi perusoikeuksia koskevien yleisten oppien ja osaksi erilaisiin perusoikeussäännöksiin liittyvien, luonteeltaan *kvalifioitujen* lakivarausten perusteella.[8] Perustuslakivaliokunnan mietinnön (PeVM 25/1994 vp, s. 5) mukaan tavallisella lailla ei voida kuitenkaan säätää perusoikeuden ytimeen ulottuvaa rajoitusta.[9]

---

5 *Kuoppamäki*, 2003, s. 40 ss.

6 HE 309/1993 vp, s. 67. Hallituksen esityksessä käytetään tosin enemmän arkipäiväisessä käytössä olevaa ilmaisua ”yrittämisen” vapaus. Ks. myös vastaavasti *Karapuu*, 1999, s. 565.

7 *Karapuu*, 1999, s. 566.

8 Pe VM 25/1994 vp, s. 4.

9 PeVM 25/1994 vp, s. 5.

Perusoikeuksien rajoittamiselle on oltava tärkeät ja vahvat yhteiskunnalliset suojaamisintressit. Perustuslain 18 §:n 1 momentin elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuden rajoittamismahdollisuutta perustuslakivaliokunta käsitteli muun muassa arpajaislakia koskevan hallituksen esityksen yhteydessä (PeVL 23/2000 vp, s. 2 ss.). Esitykseen (HE 197/1999 vp) sisältyi ”uhkapeliluonteisten rahapelien” yksinoikeuteen perustuva sääntely- ja lupajärjestelmä. Aikaisempaan lausuntokäytäntöönsä viitaten (PeVL 4/2000 vp ja PeVL 35/1998 vp) perustuslakivaliokunta piti perustuslain mukaista elinkeinonvapautta pääsääntönä, mutta katsoi luvanvaraisuudenkin olevan poikkeuksellisesti mahdollista. Luvanvaraisuudesta on kuitenkin aina säädettävä lailla, jonka on täytettävä perusoikeutta rajoittavalta lailta vaadittavat yleiset edellytykset. Valiokunnan arvioon vaikutti se, ettei rahapelitoiminta aikaisemminkaan ollut ns. vapaa elinkeino, eikä ehdotuksella tämän vuoksi ole yksityisten henkilöiden oikeusasemaan ulottuvia uudenlaisia vaikutuksia.[10] Luvanvaraisuuden lailla säätäminen tarkoittaa, ettei elinkeinovapauden rajoittamisvaltaa saa delegoida lakia alemmalle säädöstasolle.

Myöskään perustuslain 15 §:n turvaaman omaisuudensuojan ei ole katsottu asettavan yleisiä esteitä luvanvaraisuudelle, jos luvan vaatimiselle on olemassa vahvat yhteiskunnalliset intressit (PeVL 15/1996 vp, s. 1 ss).[11] Julkisen vallan toimenpiteet saattaisivat vaikuttaa myös esimerkiksi sellaisten rahapelipelitoimintaa laillisesti harjoittaneiden yhtiöiden arvoon, joiden toimintaan rajoitteet kohdistuisivat. Nykyisen perusoikeusjärjestelmän voimassa ollessa rajoittamisen mahdollisuutta tarkasteltaneen kuitenkin elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuden kannalta.

Yhteisön oikeuden soveltamisessa kunnioitetaan yhteiseen valtiosääntöperinteeseen kuuluvia perusoikeuksia, muun muassa omistusoikeutta sekä oikeutta ammatillisen toiminnan vapaaseen harjoittamiseen (ks. perusoikeuksista EY:n oikeutta sovellettaessa edellä osan I kappale 5.2.4). Tätä kautta kansallinen elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeus muodostuu oikeusperiaatteena myös osaksi yhteisön oikeuden soveltamista, sikäli kuin kyse on yhteisön oikeuden kannalta relevantista soveltamistilanteesta. Kansallisten perusoikeuksien rajoittamisen mahdollisuus ei oikeusperiaatteiden käytön osalta eroa siitä, miten yhteisöjen tuomioistuin on katsonut mahdolliseksi rajoittaa taloudellisia vapausoikeuksia. Yhteisön oikeusjärjestyksen mukaan on laillista soveltaa myös perusoikeuksiin tiettyjä yhteisön yleisen edun tavoitteilla perusteluja rajoituksia, kunhan näiden perusoikeuksien olennaista osaa ei rikota.[12]

---

[10] PeVL 23/2000 vp, s. 2 ss.
[11] PeVL 15/1996 vp, s. 1 ss ja PeVL 40/1996 vp, s. 2. Ks. myös vastaavasti PeVL 35/1997 vp, s. 2.
[12] Esimerkiksi asia C-4/73, *Nold*.

2.2 ELINKEINON HARJOITTAMISEN OIKEUS JA YLEISHYÖDYLLISET YHTEISÖT

Elinkeinon harjoittamisen oikeudesta annettu laki (122/1919, jäljempänä elinkeinolaki) useaan kertaan muutettuna on edelleen perusta yritystoiminnan harjoittamista koskeville perussäännöksille. Laki on kirjoitettu elinkeinon harjoittamisen vapauden eli kansalaisen näkökulmasta. Se säätää oikeudesta hankkia elanto liike- tai ammattitoiminnalla. Elinkeinolaissa taikka kaupparekisteri- ja toiminimilaissa ei kuitenkaan käytetä ilmaisua yritystoiminta, vaan elinkeino ja elinkeinonharjoittaja. Elinkeinolaissa on kysymys luonnollisen henkilön tai oikeushenkilön oikeudesta harjoittaa ansionsaantia tai elatusta tarkoittavaa taloudellista toimintaa.[13]

Taloudellisen toiminnan itsenäisenä perusyksikkönä pidetään taloudellisessa kielenkäytössä yritystä. Se tuottaa hyödykkeitä (tavaroita ja palveluja) ja myy ne markkinoilla saadakseen tuloa. Yritystoiminnan tavoitteena on taloudellisen edun saaminen siihen osallistuville.[14] Yritystoiminnan ja kolmannen sektorin eron on katsottu kiteytyvän tapaan, jolla yritykset ja järjestöt suhtautuvat voiton tuottamiseen. Yritysten keskeisin tavoite on tuottaa voittoa, ja tämä tavoite määrää toimintajärjestelminä yritysten muun toiminnan logiikkaa. Tuotettavilla tavaroilla ja palveluksilla tulee olla käyttöarvo, niiden on oltava hyödyllisiä, jotta niitä kysyttäisiin ja ostettaisiin.[15]

Elinkeinolla tarkoitetaan hallituksen elinkeinolain muuttamista koskevan esityksen (HE 259/1992 vp, s. 11) mukaan kauppa-, tehdas- ja käsityöliikkeen tai muun ansionsaantia tai elatusta tarkoittavan liikkeen tai elinkeinon harjoittamista. Sisällöllisesti lainsäädännössä käytetty elinkeinon käsite vastaa taloudellisen kielenkäytön yritystä eli taloudellisen toiminnan itsenäistä yksikköä.[16] Yritystoiminnan ominaispiirteisiin kuuluu ammattimaisuus. Yksittäiset, satunnaiset toimet tai tapahtumat eivät merkitse taloudellisen toimintayksikön muodostumista.[17]

Elinkeinolain 1 § nykyisessä kieliasussaan ei ole muuttanut sitä aikaisemmassa 1 §:ssä yksilöidymmin ilmaistua periaatetta, jonka mukaan yritystoiminnan oikeudellinen muoto, toisin sanoen yritysmuoto, on yleensä vapaasti valittavissa.

---

[13] *Castrén*, 1997, s. 27.
[14] *Airaksinen – Jauhiainen*, 1999, s. 121.
[15] *Rönnberg*, 1999, s. 79–80.
[16] Elinkeinon ja elinkeinonharjoittajan käsitteet eivät ole lainsäännössä vakiintuneet yksiselitteisiksi. Kilpailunrajoituslain 3 §:n mukaan elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan luonnollista henkilöä taikka yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka ammattimaisesti pitää kaupan, myy tai muutoin vastiketta vastaan hankkii tai luovuttaa tavaroita tai palveluksia (hyödykkeitä). Ks. *Rissanen – Tiili – Mäkinen*, 1990, s. 21.
[17] *Castrén*, 1997, s. 27.

Elinkeinolain 1 §:n 2 momentissa puhuttiin aikaisemmin laillisesti perustetusta *yhtiöstä*, *osuuskunnasta* ja sellaisesta *yhdistyksestä*, *joka sääntöjensä mukaan on oikeutettu harjoittamaan elinkeinoa*. Nykyisessä elinkeinolain 1 §:ssä mainitut käsitteet on korvattu *yhteisön* käsitteellä. Sen lisäksi lainkohdassa mainitaan *säätiö* elinkeinon harjoittajana.[18] Elinkeinolain 1 §:n mukaan laillista ja hyvän tavan mukaista elinkeinoa saa harjoittaa:

1) luonnollinen henkilö, jolla on asuinpaikka Euroopan talousalueella
2) suomalainen yhteisö tai säätiö sekä
3) Suomessa sivuliikkeen rekisteröinyt ulkomainen yhteisö tai säätiö, joka on perustettu jonkin Euroopan talousalueeseen kuuluvan valtion lainsäädännön mukaan ja jolla on sääntömääräinen kotipaikka jossakin Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa.

Hallituksen esityksen (HE 259/1992 vp, s. 3) mukaan tarkoituksena oli muuttaa elinkeinolaki vastaamaan muun muassa Euroopan talousalueeseen liittymisestä tehdyn sopimuksen vaatimuksia. Suomi oli sopimuksella sitoutunut saattamaan lainsäädäntönsä syrjimättömyysperiaatteen mukaiseksi ja noudattamaan tätä periaatetta.[19]

Elinkeinolain 1 §:n nykyisen sisällön muotoutumiseen on vaikuttanut merkittävästi Euroopan yhteisön oikeus, vaikkakaan tällä näkökohdalla ei ole suoranaista merkitystä arvioitaessa yhdistyslain mukaisten yhdistysten asemaa kyseisen lain suhteen. Elinkeinolaki edellyttää, että ulkomainen yhteisö ja säätiö, joka haluaa harjoittaa elinkeinoa Suomessa sivuliikkeen kautta, on perustettu jonkin ETA-valtion lainsäädännön mukaan ja että sillä on sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka jossakin ETA-valtiossa.[20] Lisäksi sivuliike tulee kaupparekisterilain mukaan (129/79) rekisteröidä ennen toiminnan aloittamista. Muu kuin edellä mainittu ulkomaalainen luonnollinen henkilö tai ulkomaalainen yhteisö tai säätiö tarvitsee kauppa- ja teollisuusministeriön luvan elinkeinon harjoittamiseen.[21]

Elinkeinolain 1 §:n luettelossa mainitut oikeushenkilöt ovat sijoittautumisoikeutta koskevia määräyksiä sovellettaessa rinnastettavissa luonnollisiin henkilöihin. Rinnastamisella tarkoitettiin hallituksen esityksessä (HE 259/1992 vp, s. 11) oikeutta perustaa muun muassa tytäryhtiöitä toisen sopimusvaltion alueelle.

---

[18] *Castrén*, 1997, s. 29 ss.

[19] HE 259/1992 vp, s. 3. Ks. myös *Rissanen*, 2006, s. 72 ss.

[20] Perustamissopimuksen 48 artiklan mukaan jäsenvaltion lainsäädännön mukaisesti perustetut yhtiöt, joiden sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka on yhteisön alueella, rinnastetaan tämän luvun (eli sijoittautumisoikeutta koskevia) määräyksiä sovellettaessa luonnollisiin henkilöihin, jotka ovat jäsenvaltion kansalaisia. Ks. esimerkiksi asia C-212/97, *Centros*, k. 19.

[21] HE 259/1992 vp, s. 11.

Mikäli ulkomainen oikeushenkilö perustaa Suomen lain mukaisen tytäryhtiön, määräytyy sen elinkeino-oikeus elinkeinolain 1 §:n mukaan. Elinkeino-oikeus sisältää sekä pysyvän taloudellisen toiminnan että oikeuden tilapäisluontoisesti tarjota palveluja toisesta talousalueeseen kuuluvasta valtiosta.[22]

Tässä yhteydessä on syytä huomata se, ettei elinkeinolakia säädettäessä tai sitä myöhemmin muutettaessa ole arvioitu, mitä vaikutuksia lailla on elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapautta koskevan perusoikeuden kannalta. Elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeus tuli voimaan vasta vuoden 1996 perusoikeusuudistuksessa. Periaatteessa olisi mahdollista, ettei elinkeinolaki ole täysin johdonmukainen suhteessa perustuslain 18 §:n 1 momentin sisältämään elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuteen.

Yhdistyslain 2 §:n 1 momentin mukaan yhdistyslaki ei koske yhteisöä, jonka tarkoituksena on voiton tai muun välittömän taloudellisen edun hankkiminen siihen osallisille. Elinkeinolain ulkopuolelle jää aatteellinen tai yleishyödyllinen toiminta.[23] Johdonmukaisena tulkintana on pidettävä sitä, ettei yhdistyslain (503/1989) mukaisen rekisteröidyn, aatteellisen yhdistyksen harjoittamaa taloudellista toimintaa voida perustella elinkeinon harjoittamista koskevan perusoikeuden nojalla. Kyseinen perusoikeus turvaa oikeuden lain mukaan hankkia *toimeentulonsa* valitsemallaan työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Tätä oikeutta sääntelee elinkeinolaki. Yhdistysten olemassaolon huomioiminen elinkeinolaissa on kuitenkin perusteltua taloudellista toimintaa harjoittavien ulkomaisten yhtiöiden ja säätiöiden vuoksi ja myös sikäli, että edelleen on olemassa myös taloudellisia yhdistyksiä (esimerkiksi paliskuntien yhdistykset ja osuuskunnat).

Elinkeinolain ja yhdistyslain suhdetta voidaan selkeyttää aikaisemmin tässä tutkimuksessa esitetyn yhdistystoiminnan jäsennyksen perusteella. Elinkeinolain mukaista elinkeinotoimintaa ei ole sellainen yhdistyksen toiminta, jonka sisältö ei ole taloudellista ja tarkoitus on aatteellinen. Mikäli yhdistys harjoittaa taloudellista toimintaa jäsentensä taloudellisten intressien edistämiseksi, toiminta voi kuulua myös elinkeinolain soveltamisalaan.[24] Viimeksi mainitussa tapauksessa yhdistystä kuitenkaan ei voitaisi rekisteröidä yhdistysrekisteriin.

Elinkeinotoiminnan käsitettä käytettäessä tulee tiedostaa, minkä säädöksen yhteydessä käsitettä käytetään. Elinkeinon ja elinkeinonharjoittajan käsitteet eivät ole lainsäädännössä yksiselitteisen vakiintuneita. Tästä johtuen käsitteet on eräissä yritystoimintaa yleisesti koskevien lakien soveltamista rajaavissa säännöksissä määritelty erikseen. Joissain tapauksissa käsitteet on saatettu kytkeä

---

[22] Ibid.
[23] *Mäkinen – Paloranta – Pokela – Vuori*, 2006, s. 18.
[24] Vastaavasti *Airaksinen*, 2006 s. 140. Ks. edellä osan II alaluvun 2.5 sisältämä yhdistystoiminnan jäsennys.

toisiinsa.[25] Niinpä kilpailunrajoituslain 3 §:n 1 momentin mukaan elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan luonnollista henkilöä tai yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka ammattimaisesti pitää kaupan, ostaa, myy tai muutoin vastiketta vastaan hankkii tai luovuttaa tavaroita tai palveluksia (*hyödykkeitä*).[26] Laissa sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (1061/1978) tarkoitettua elinkeinotoimintaa voi olla myös esimerkiksi hyväntekeväisyystarkoituksessa ilman voiton tavoittelua tapahtuva toiminta. Siten taloudellinen toiminta hyväntekeväisyystarkoituksessa voi mainitun lain mielessä olla elinkeinotoimintaa.[27] Myös tuloverolain (1535/1992) 22 §:n tarkoittama elinkeinotoiminnan käsite määräytyy kyseisen säädöksen sääntelytarkoituksen perusteella. Verotettavaa elinkeinotoimintaa voi siten olla sellainenkin yhdistyksen toiminta, joka yhdistyslain mukaan on aatteellista.

Vuoden 1992 elinkeinolain muutoksen yhteydessä tarkistettiin myös aatteellisten yhdistysten ja säätiöiden kaupparekisteriin ilmoittamista koskevia säännöksiä. Yhteisö ja säätiö saavat oikeuden harjoittaa elinkeinolaissa tarkoitettua elinkeinoa tultuaan merkityksi julkiseen oikeushenkilörekisteriin eli yhdistys- tai säätiörekisteriin.[28] Kaupparekisterilain 3 §:ssä mainitut yhtiöt ovat velvollisia tekemään kaupparekisteriin perusilmoituksen siitä riippumatta, harjoittavatko ne toimintaansa voiton hankkimiseksi vai eivät.[29] Elinkeinolain 7 §:n 1 momentti edellytti kaupparekisterilain muuttamista siten, että kaupparekisterilaissa säädetty velvollisuus perusilmoituksen tekemiseen laajennettiin vastaamaan elinkeinolaissa säädettävää ilmoitusvelvollisuutta. Elinkeinotoimintaa harjoittavan aatteellisen yhdistyksen ja säätiön tulee kaupparekisterilain 3 §:n 1 momentin 2 kohdan (19.2.1993/229) mukaan tehdä rekisteri-ilmoitus, mikäli sillä on elinkeinon harjoittamista varten joko pysyvä toimipaikka tai palveluksessaan vähintään yksi henkilö.

Kaupparekisteriinkään ilmoittaminen ei tee yhdistyksen toiminnasta elinkeinon harjoittamisen perusoikeuden tarkoittamaa elinkeinotoimintaa, jonka olennainen piirre on ansiotarkoitus.[30] Kaupparekisteriin merkitsemisen tarkoitus on tarve saattaa julkisuuteen yrityksiä koskevat tiedot ja se, keillä henkilöillä on oikeus antaa yhtiön puolesta sitoumuksia.[31]

---

[25] Käsitteen on sanottu vastaavan lähinnä elinkeinotulon verottamisesta annetussa laissa (360/1960) ja kirjanpitolaissa (1337/1997) tarkoitettua liike- ja ammattitoimintaa. Ks. *Airaksinen*, 2006, s. 140. Airaksinen viittaa tällä *Wilhelmsson – Jääskinen,* 1992, s. 42.

[26] *Castrén,* 1997, s. 28.

[27] HE 114/1978 vp, s. 10.

[28] HE 259/1992 vp, s. 11.

[29] *Castrén*, 1997, s. 29.

[30] Vuoden 2004 lopussa aatteellisia yhdistyksiä oli kaupparekisteriin merkitty yhteensä 250. Tilastot osoittavat, että yhdistysten harjoittama taloudellinen toiminta on viimeisen kymmenen vuoden aikana ollut selvästi kasvussa. Ks. *Immonen*, 2006, s. 106 ja 110.

[31] *Rissanen – Tiili – Mäkinen*, 1990, s. 26.

Yhdistyksen toimintaa, yhdistyksen toiminnan tarkoitusta, sääntelee ja rajaa yhdistyslaki säätelykohteensa mukaisesti. Siten rekisteriin merkitseminen ei luo yhdistykselle toimialaa koskevia oikeuksia, joita sillä ei olisi yhdistyslain perusteella. Esitetty säännösten tulkintaa koskevien yleisten prioriteettistandardien mukainen kanta ilmenee myös elinkeinolain muuttamista koskeneesta hallituksen esityksestä (HE 259/1991 vp, s. 11). Aikaisemmin elinkeinolaissa ollut viittaus yhteisön sääntöihin poistettiin vuoden 1992 lainmuutoksella. Viittauksella ei katsottu olevan enää itsenäistä merkitystä, koska elinkeinolaki ei anna oikeutta elinkeinon harjoittamiseen laajempana kuin mitä yhteisöä tai säätiötä koskevassa erityislainsäädännössä säädetään.[32]

Elinkeinolakiin perustuvat elinkeinot voidaan ryhmitellä seuraavasti:

1) vapaat elinkeinot, joihin luetaan i) elinkeinot omaksi elatukseksi (5 § ja 14 §) ja ii) avoimet eli ilmoituksenvaraiset elinkeinot; sekä
2) erityisesti säännellyt elinkeinot (3 §), joista monet ovat luvanvaraisia.[33]

Kun elinkeinoa harjoitetaan omaksi elatukseksi, on kyse sellaisesta toiminnasta, jossa käytetään apulaisena vain aviopuolisoa ja alaikäisiä jälkeläisiä ja johon ei kuulu toimipaikkaa. Esimerkkejä ovat kotikampaamot, -parturit, ja -kauneushoitolat, kirjanpito- ja lakiasiainpalvelut sekä myytäväksi tarkoitettujen käsi- ja pienteollisuustuotteiden valmistus.[34] Hallituksen elinkeinolain muuttamista koskeneen esityksen (HE 259/1992) mukaan on erotettavissa toisistaan liike- ja elinkeino, joista viimeksi mainitulla tässä suppeassa merkityksessä tarkoitetaan ammattitoimintaa eli ammatin harjoittamista. Liike taas yhdistyy kauppa-, teollisuus- tai käsityötoimintaan. Liikkeen ja ammatin erottaminen toisistaan perustuu siihen ajatukseen, että liikkeen toiminnan perustana on erityinen varallisuus. On myös katsottu, että liiketoiminta sisältää enemmän taloudellisen riskin ottamista verrattuna ammattitoimintaan, jossa sen sijaan ammatinharjoittajan henkilökohtainen panos nähdään ratkaisevana elinkeinon harjoittamisen kannalta.[35]

---

[32] Ibid.

[33] *Rissanen,* 2006, s. 74.

[34] Avoimesta yhtiöstä ja kommandiittiyhtiöstä annetun lain (389/1988) tarkoittama elinkeinotoiminta voidaan määritellä ulospäin suuntautuvaksi ammattimaisesti harjoitetuksi taloudelliseksi toiminnaksi, jolle on tunnusomaista suunnitelmallisuus, jatkuvuus ja itsenäisyys, ja joka ei laajuutensa puolesta ole täysin merkityksetön. Ks. *Rissanen – Tiili – Mäkinen*, 1990, s. 71.

[35] Ks. elinkeinonvapaudesta *Airaksinen,* 2006, s. 134 ss.

3 Sosiaali- ja terveyspalvelujen erityissääntely

3.1 TOIMIALAKOHTAISESTA SÄÄNTELYSTÄ YLEISESTI

Toimialakohtaisen sääntelyn tavoitteet liittyvät toisaalta yleiseen etuun ja toisaalta asiakkaiden intresseistä huolehtimiseen silloin, kun alan toimintaan liittyvän erityisen riskin tai alalle tyypillisten väärinkäytösten ennalta torjuminen on yleiseltä kannalta tärkeää. Yleinen etu edellyttää esimerkiksi järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitämistä, terveysriskien välttämistä, alkoholin liiallisen käytön rajoittamista sekä yhteiskunnalle tärkeän toiminnan luotettavuuden ja häiriöttömyyden varmistamista. Elinkeinotoiminnan luvanvaraisuus merkitsee alalle pääsyn julkista valvontaa. Elinkeinonvapauden perusoikeudessa oleva lakiviittaus sallinee lakivarausta väljemmin erinäiset lailla toteutettavat elinkeinotoiminnan rajoitukset, kuten joidenkin elinkeinojen luvanvaraisuuden esimerkiksi terveyden ja turvallisuuden suojaamiseksi, vaikka elinkeinonvapaus olisikin pääsääntönä.[36] Luvan myöntävän viranomaisen harkintavallan laajuus riippuu alan sääntelyn tavoitteista. Edellä olevaan luetteloon on lisättävissä myös riski rahapelien liiallisesta pelaamisesta, jota pyritään säätelemään arpajaislailla.[37]

Lupamenettelyllä voi olla myös talouspoliittisia tai yhteiskuntapoliittisia tavoitteita. Tällöin lupaviranomaisen tulee arvioida aloitettavaksi suunnitellun toiminnan merkitystä ja yhteiskunnallisia vaikutuksia. Vaikka elinkeinopolitiikan tavoitteisiin nykyisin kuuluu antaa kilpailun ohjata talouden rakenteen kehittymistä ja rajoittaa valtiovallan puuttuminen mahdollisimman vähiin, on toimialoja, joilla rajoituksia edelleen tarvitaan.[38]

Hakijan soveltuvuuden, vakavaraisuuden tai ammattitaidon varmistamiseksi vaaditun luvan myöntäminen on sidottua harkintaa. Lupa on myönnettävä, jos laissa toiminnan harjoittajalle asetetut vaatimukset täyttyvät.[39] Viranomaisen

---

[36] Ks. *Jyränki*, 2000, s. 310. Jyränki tulkitsee perustuslain 18 §:n 1 momentin ”lain mukaan” -lauseketta siten, että se rinnastunee perusoikeusluvuissa oleviin ”säädetään lailla” -lausekkeisiin.

[37] PeVL 23/2000 vp, s. 2.

[38] *Rissanen*, 1999, s. 69. Tässä yhteydessä esille tuotavat alat ovat pankki- ja vakuutusyhtiötoiminta, kiinteistönvälitys, ydinenergia, postitoiminta, ammattiin laillistaminen (terveydenhuoltoala), kirjanpitoliike, kioskikauppa ja julkinen kaupankäynti markkina-arvopapereilla. Lisäksi itsesäätelymallia edustavat asianajaja- ja tilintarkastajatoiminta.

[39] Liikenne- ja viestintäministeriön asettama työryhmä on pohtinut taksilupakäytäntöä elinkeinovapautta koskevan perusoikeuden valossa. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön mukaan (mm. PeVL 21/2004, PeVL 16/2003, PeVL 24/2002, PeVL 67/2002) elinkeinoluvan myöntämisen

valtuuksiin ei silloin kuulu alan kilpailuolosuhteisiin vaikuttaminen. Jos elinkeinonharjoittajalle asetetaan tarpeettomia vaatimuksia, valvonta on omiaan rajoittamaan potentiaalista kilpailua.[40]

Erityinen sääntely liittyy myös kysymykseen Euroopan yhteisön perustamissopimuksen turvaamien vapausperiaatteiden toteutumisesta. Sosiaalipoliittisten palvelujärjestelmien kansallisesta lähtökohdasta johtuen Euroopan yhteisön lainsäädäntö ei sisällä kyseisen alan valvontaa koskevia erityisiä säännöksiä. Kun yhteisön palveluja koskevia oikeussääntöjä ei ole yhdenmukaistettu eikä ole luotu niiden vastavuoroisen tunnustamisen järjestelmää, jäsenvaltio voi asettaa palvelujen tarjontaa koskevia rajoituksia. Rajoitukset koskevat silloin kaikkia kyseisen valtion alueelle sijoittuvia toimijoita.[41]

Jäsenvaltion viranomaiset voivat siten asettaa palvelutoiminnan aloittamismahdollisuudelle ehdoksi viranomaisen luvan. Lupamenettelyn on oltava tarpeellinen yleisen edun mukaisista syistä, eli *välttämättömyysperiaatteen* mukainen, myöntämisperusteiden on oltava sellaiset, että ne ovat täyttävät *tasapuolisuuden vaatimukset* ja että ne eivät ole *kansalaisuuteen perustuvan diskriminoinnin kiellon* vastaisia. Lisäksi lupajärjestelmän on oltava *suhteellisuusperiaatteen* mukainen toimenpide edellä esillä olleiden yhteiskunnallisten tavoitteiden kannalta.[42]

3.2 YKSITYISTEN SOSIAALIPALVELUJEN VALVONTA

Sosiaali- ja terveyspalveluja sisältävä ammatti- tai elinkeinotoiminta kuuluu lähtökohtaisesti elinkeinolain yleisen sääntelyn piiriin, mutta näihin palveluihin kohdistuu kuitenkin erityistä, kyseistä toimintaa koskevaa sääntelyä. Sen tarve perustuu yleiseen etuun ja asiakkaiden intresseistä huolehtimiseen. Toimialakohtaisina lakeina sosiaali- ja terveyspalveluja säätelee laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990) ja laki yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta (603/1996). Lisäksi terveydenhuollon henkilökuntaa koskee laki terveydenhuollon ammatti-

---

tulee yleensä perustua oikeusharkintaan, ei tarkoituksenmukaisuusharkintaan. Valiokunta on todennut, että harkintavallan käyttö on poikkeus ja pääsääntönä sidottu harkinta. Oikeusharkinnan ja muun harkinnan ero on havaittavissa jo säännöksen sanamuodosta. Työryhmä on päätynyt pohdinnassaan siihen, että tarveharkinta on väistämättä kilpailun rajoittamisen muoto. Ks. Yön ainoa valopilkku, Taksiliikennelakityöryhmän mietintö, s. 28 ss, Liikenne- ja viestintäministeriön julkaisuja 43/2004, Liikenne- ja viestintäministeriö, Helsinki 2004.

[40] *Rissanen*, 2006, s. 77.

[41] Asia C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*.

[42] Vrt. asia C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda*, k. 13–15. Myös asia C-67/98, *Zenatti*, k. 29.

henkilöstöstä (559/1994).[43] Edellä mainittuja säädöksiä on viimeksi muutettu vuoden 2006 alusta (laeilla 689/2005, 690/2005 ja 691/2005). Muutoksilla toteutettiin valtakunnallinen yksityisten palvelujenantajien rekisteri, joka sisältää tiedot yksityisistä sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajista.

Yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta annettua lakia sovelletaan sen 1 §:n mukaan yksityisiin sosiaalipalveluihin, joita palvelujen tuottaja antaa korvausta vastaan liike- tai ammattitoimintaa harjoittamalla. Lakia sovelletaan myös julkisyhteisöjen perustamien liikeyritysten tuottamiin sosiaalipalveluihin. Yksityisiin sosiaalipalveluihin kuuluvat myös yleishyödyllisten yhteisöjen tuottamat palvelut siitä riippumatta, että niiden rahoitus on osittain julkista.[44] Kyseisen lain muuttamista koskevan hallituksen esityksen (HE 34/2005 vp, s. 5) mukaan lain erityisenä tarkoituksena on yksityisen palvelutoiminnan lisääntyessä tehostaa viranomaisvalvontaa, jotta asiakkaan asema turvataan ja palvelujen laatu varmistetaan. Lain tavoitteena on asiakkaan aseman turvaaminen ja palvelujen laadun varmistaminen. Lupaviranomaisen on muun muassa suoritettava tarkastus ympärivuorokautista palvelutoimintaa harjoittavassa toimintayksikössä mahdollisimman pian sen jälkeen, kun se on saanut toiminnan aloittamista tai muuttamista koskevan hakemuksen.[45]

Edellä mainitun lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävät sellaiset liiketaloudellisesti hoidetut yleispalvelut, esimerkiksi ateria- ja siivouspalvelut, joita tuotetaan muillekin kuin sosiaalipalvelun asiakkaille. Myös tele- ja turvallisuuspalvelut vanhuksille ja vammaisille jäävät soveltamisalan ulkopuolelle siltä osin kuin ne eivät välittömästi liity sosiaali- ja terveydenhuoltoon. Järjestöjen kannalta on merkittävää, että vapaaehtoistoiminta ei hallituksen lakia koskeneen esityksen (HE 22/1996 vp, s. 3) mukaan kuulu lain soveltamisen piiriin. Sen olennaisena piirteenä pidetään palkattomuutta.[46] Vapaaehtoistoiminta kattaa järjestöjen orga-

---

[43] Kuluttajansuojalaki (38/1978) koskee 1 §:n mukaan kulutushyödykkeiden tarjontaa, myyntiä ja muuta markkinointia elinkeinonharjoittajilta kuluttajille. Elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan kuluttajansuojalain 5 §:n mukaan luonnollista henkilöä taikka yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka tuloa tai muuta taloudellista hyötyä saadakseen ammattimaisesti pitää kaupan, myy ja muutoin tarjoaa kulutushyödykkeitä vastiketta vastaan hankittavaksi. Kuluttajansuojalakia ei siten sovelleta sosiaali- ja terveyspalveluihin, joita kunta järjestää lakiin perustuvan viranomaistehtävänsä perusteella. Myös julkisen yhteisön toimeksiannosta, esimerkiksi ostopalvelusopimuksen perusteella järjestettävä sosiaalihuolto, katsotaan viranomaisen järjestämäksi sosiaalihuolloksi. Yksityisesti järjestettyä sosiaalihuoltoa on puhtaasti yksityisen asiakkaan ja yksityisen sosiaalihuollon toteuttajan väliseen sopimukseen perustuvat sosiaalihuollon toiminnot. Ks. HE 137/1999 vp, s. 13.

[44] HE 22/1996 vp, s. 3.

[45] Ks. HE 34/2005 vp, s. 5.

[46] HE 22/1996 vp, s. 3. Hallituksen esityksen mukaan vapaaehtoisen toiminnan ”perimmäisenä pyrkimyksenä on organisoidun toiminnan sijasta, ilman välikäsiä tapahtuva toinen toisensa auttaminen ja ihmisten välisen vuorovaikutuksen lisääntyminen. Kulukorvaukset vapaaehtoistoimin-

nisoiman vapaaehtoisen palvelutoiminnan, organisoimattoman omais- ja naapuriavun, keskinäisen avun sekä osittain myös järjestötoiminnan.[47]

Lakia yksityisten sosiaalipalvelujen valvonnasta sovelletaan sen 2 §:n mukaan kattavasti tässä tutkimuksessa esillä oleviin, järjestöjen tuottamiin sosiaalipalveluihin, sillä yksityisillä sosiaalipalveluilla tarkoitetaan

1) lasten ja nuorten huollon,
2) lasten päivähoidon,
3) vammaisten, kehitysvammaisten,
4) vanhusten tai päihdehuollon palveluja tai
5) muita vastaavia sosiaalihuollon palveluja.

Toimintayksiköllä laissa tarkoitetaan toiminnallista kokonaisuutta, jossa annetaan asiakkaan oman kodin ulkopuolella edellä mainittuja palveluja.[48] Toiminta, jossa annetaan ympärivuorokautisia sosiaalipalveluja, edellyttää lääninhallituksen lupaa. Lupa myönnetään lain 5 §:n 3 momentin mukaan kirjallisesta hakemuksesta palvelujen tuottajalle, joka täyttää lain 3 §:ssä säädetyt edellytykset. Edellytyksenä on muun muassa se, että toimintayksikön tulee olla terveydellisiltä ja muilta olosuhteiltaan siellä annettavalle hoidolle, kasvatukselle tai muulle huolenpidolle sopiva. Henkilöstön määrän tulee olla riittävä palvelujen tarpeeseen ja hoidettavien lukumäärään nähden. Toimintayksikössä tulee olla riittävät ja asianmukaiset toimitilat ja toimintavälineet sekä toiminnan edellyttämä henkilöstö.

Henkilöstön tulee täyttää samat kelpoisuudet kuin mitä kunnan tai kuntayhtymän sosiaalihuollon ammatilliselta henkilöstöltä vastaavissa tehtävissä vaaditaan. Lupaharkinta on ns. sidottua harkintaa, mikä merkitsee sitä, että lupa tulee myöntää ehdot täyttävälle hakijalle. Luvan myöntämiseen ei liity siten tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Palveluja tuottavalla toimintayksiköllä tulee olla palveluista vastaava henkilö, joka vastaa siitä, että palvelutoiminta täyttää sille asetetut vaatimukset.

Palvelujen valvonta kuuluu asianomaiselle lääninhallitukselle ja kunnalle. Kunnan valvontaviranomaisena toimii sosiaalihuollosta vastaava toimielin tai sen määräämä viranhaltija. Lääninhallitus voi määrätä yksityisen palveluntuottajan määräajassa täyttämään ilmoitus- ja lupavelvollisuutensa taikka korjaamaan lääninhallituksen havaitsemat puutteellisuudet tai epäkohdat. Määräysten tehosteena voidaan käyttää uhkasakkoa tai toiminnan keskeyttämisen tai toimintayksikön tai sen osan käyttökiellon uhkaa.[49]

---

nassa eivät vielä täytä korvausta vastaan harjoitettavan toiminnan ja siten lain soveltamisalaan kuuluvan toiminnan tunnusmerkistöä."

47 HE 22/1996 vp, s. 3.

48 *Narikka*, 2001, s. 500.

49 *Tuori*, 2004, s. 615 ss.

Palvelujen on perustuttava sopimukseen tai hallintopäätökseen, johon tarvittaessa liittyy yhdessä asiakkaan tai hänen edustajansa kanssa laadittu palvelu-, hoito-, huolto-, kuntoutus- tai muu vastaava suunnitelma. Tämä osaltaan korostaa asiakaslähtöisyyttä. Asiakaslähtöisyys yksityisissä sosiaalipalveluissa edellyttää toimintamahdollisuuksien ennakointia. Asiakaslähtöisyydellä tarkoitetaan sitä, että henkilökunnan toiminta- ja ajattelutavan perustana ovat asiakkaan tarpeet, toiveet ja odotukset sellaisina kuin asiakas ne ilmaisee. Tavoitteena olisi palveleminen asiakkaan esille tuomien lähtökohtien mukaan, ei auttajan tai organisaation sanelemista tarpeista (HE 22/1996 vp, s. 17).[50]

Muuta kuin ympärivuorokautista palvelua järjestävän yksikön on tehtävä ilmoitus sille kunnalle, jossa palveluja annetaan. Lääninhallitus pitää rekisteriä alueensa kunnissa toimivista yksityisistä sosiaalipalvelujen tuottajista ja niiden toimitiloista. Yksityisesti annettavan sosiaalipalvelun valvonta kuuluu lääninhallitukselle ja sille kunnalle, jossa palveluja annetaan.

Kun kunta tai kuntayhtymä ostaa palveluja alueensa ulkopuolella toimivalta yksityiseltä palvelun tuottajalta, ostosopimuksessa saatetaan sopia valvontaoikeudesta. Tällöin yksityistä palvelutoimintaa valvovat paitsi lääninhallitus ja sijaintikunnan sosiaalihuollon toimielin, myös ostopalveluita ostaneen kunnan tai kuntayhtymän viranomaiset.[51]

3.3 YKSITYISEN TERVEYDENHUOLLON PALVELUJEN VALVONTA

Yksityisen terveydenhuollon viranomaisvalvontaa säätelee laki yksityisestä terveydenhuollosta (152/1990). Palvelujen tuottajalla tarkoitetaan lain 2 §:n 2 momentin mukaan yksittäistä henkilöä taikka yhtiötä, osuuskuntaa, yhdistystä tai muuta yhteisöä taikka säätiötä, joka ylläpitää terveydenhuollon palveluja tuottavaa yksikköä. Lain piiriin kuuluvat yksityisen terveydenhuollon palvelut siitä riippumatta, toteutetaanko ne ostopalveluina kunnille tai kuntayhtymille vai ei. Lain säännökset koskevat vain erityisissä toimintayksiköissä, kuten lääkärikeskuksissa, annettavia palveluja ja niiden tuottajia.[52]

Yksityisillä terveydenhuollon palvelujen tuottajilla on oltava lääninhallituksen lupa palvelujen tuottamiseen. Luvan myöntämisen yhteydessä arvioidaan, ovatko henkilökunnan määrä ja koulutustaso sekä tilat ja laitteet asianmukaisia.[53]

---

[50] HE 22/1996 vp, s. 17.
[51] *Tuori*, 2004, s. 603.
[52] Ks. myös *Tuori*, 2004, s. 604.
[53] HE 34/2005 vp, s. 3.

Lupajärjestelmän tarkoituksena on varmistaa tehokkaasti myös toiminnan lääketieteellinen taso. Lupa myönnetään lain 4 §:n 2 momentin mukaan hakemuksesta palvelujen tuottajalle, joka täyttää saman lain 3 §:ssä säädetyt edellytykset. Myöskään tämän luvan myöntämiseen ei liity siten tarkoituksenmukaisuusharkintaa. Lääninhallitus hyväksyy terveydenhuollon palveluista vastaavan johtajan. Ennen kuin terveydenhuollon palvelujen antamiseen tarkoitetut tilat ja laitteet otetaan käyttöön, ne on esitettävä terveyslautakunnan tai vastaavan kunnallisen toimielimen tarkastettavaksi.

Itsenäisellä ammatinharjoittajalla tarkoitetaan henkilöä, joka terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain (559/1994) nojalla harjoittaa itsenäisesti ammattiaan (28.6.1994/563). Terveydenhuollon palveluilla tarkoitetaan yksityisestä terveydenhuollosta annetussa laissa

1) laboratoriotoimintaa,
2) radiologista toimintaa ja muita siihen verrattavia kuvantamis- ja tutkimusmenetelmiä,
3) muita terveydentilan tai sairauden toteamiseksi taikka hoidon määrittelemiseksi tehtäviä tutkimuksia ja toimenpiteitä,
4) fysioterapeuttista toimintaa ja muita suorituskykyä parantavia ja ylläpitäviä toimenpiteitä ja terapioita,
5) työterveyshuoltoa,
6) lääkäri- ja hammaslääkäripalveluja ja muuta terveyden- ja sairaanhoitoa sekä näihin rinnastettavia palveluja, sekä
7) hierontaa.

Laissa tarkoitettujen palvelujen valvonta on lähinnä lääninhallituksen asiana. Kunnan valvontaviranomaisina toimivat terveyslautakunnat tai vastaavat terveydenhuollon kunnalliset toimielimet. Mikäli palvelujen tuottamisessa havaitaan puutteellisuuksia tai epäkohtia, lääninhallituksen on annettava määräys niiden korjaamisesta tai poistamisesta määräajassa. Määräykseen voidaan liittää sakon uhka, toiminnan keskeyttäminen taikka huoneiston tai sen osan tai laitteen käytön kieltäminen.[54]

3.4 AMMATTIHENKILÖSTÖN VALVONTA

Terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain (559/1994) tarkoituksena on edistää potilasturvallisuutta sekä terveydenhuollon palvelujen laatua. Lain 1 §:n mukaan tavoite toteutetaan varmistamalla, että laissa tarkoitetulla terveydenhuollon ammattihenkilöstöllä on ammattitoiminnan edellyttämä koulutus, muu

[54] Ks. *Tuori*, 2004, s. 616 ss.

riittävä ammatillinen pätevyys ja ammattitoiminnan edellyttämät muut valmiudet.

Valtakunnallisella tasolla terveydenhuollon palveluja antavia ammatinharjoittajia valvoo Terveydenhuollon oikeusturvakeskus. Se myöntää hakemuksesta oikeuden harjoittaa lääkärin ja muuta kyseisessä laissa mainittua terveydenhuollon ammattia potilaslain (785/1992) 2 §:n 4 kohdassa tarkoitetussa terveydenhuollon tai sosiaalihuoltolain (710/1982) 24 §:ssä tarkoitetussa sosiaalihuollon toimintayksikössä. Oikeus myönnetään Suomen kansalaiselle tai ulkomaalaiselle, joka on suorittanut asianomaiseen ammattiin johtavan peruskoulutuksen Suomessa, taikka Suomen tai jonkin muun Euroopan talousalueen valtion (ETA-valtio) kansalaiselle, joka on suorittanut Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen hyväksymän vastaavan koulutuksen Euroopan talousalueeseen kuulumattomassa valtiossa ja joka on osoittanut täyttävänsä asetuksella säädetyt mahdolliset muut pätevyysvaatimukset.

Terveydenhuollon oikeusturvakeskuksen tehtävänä on terveydenhuollon ammattihenkilöistä annetun lain 4 §:n mukaan myöntää oikeus harjoittaa laillistettuna ammattihenkilönä lääkärin, hammaslääkärin ja sairaanhoitajan sekä eräitä muita ammatteja. Terveydenhuollon oikeusturvakeskus merkitsee tällaiset henkilöt terveydenhuollon ammattihenkilöiden keskusrekisteriin.[55]

Terveydenhuollon ammattihenkilöiden yleinen ohjaus kuuluu sosiaali- ja terveysministeriölle. Terveydenhuollon oikeusturvakeskus ohjaa ja valvoo valtakunnallisesti terveydenhuollon ammattihenkilöitä. Läänin alueella terveydenhuollon ammattihenkilöiden toimintaa ohjaa ja valvoo lääninhallitus.

Ammattihenkilöiden antama terveyden- ja sairaanhoito kuuluu edellä mainitun lain soveltamisalaan siitä riippumatta, työskentelevätkö he virkasuhteessa julkisessa terveydenhuollon toimintayksikössä vai pitävätkö he yksityisvastaanottoa.[56] Terveydenhuollon ammattihenkilöiden velvollisuutena on noudattaa ammattitoimessaan määräyksiä, joita oikeusturvakeskus tai lääninhallitus asianomaisten säännösten tai määräysten nojalla antavat. Oikeusturvakeskus voi ryhtyä laissa säädeltyihin toimenpiteisiin terveydenhuollon ammattihenkilöstön työkyvyn tai ammattitaidon selvittämiseksi taikka vastaanottotoiminnan tarkastamiseksi. Turvaamistoimenpiteinä oikeusturvakeskus voi päättää muun muassa poistaa ammatinharjoittamisoikeus toistaiseksi, määräajaksi tai lopullisesti.

---

[55] Ks. valvonnasta *Tuori*, 2004, s. 618 ss.
[56] *Narikka*, 2001, s. 501.

4 Markkinasääntely

4.1 KILPAILUOIKEUDEN TAVOITTEISTA

Kun kilpailuoikeutta tarkastellaan sen laajassa merkityksessä, siihen luetaan silloin myös valtion tukea ja julkisia hankintoja koskevat säännökset sekä erinäiset yritysten alallepääsyä koskevat säännökset, erityisesti markkinoiden avaamiseen tähtäävä alakohtainen sääntely viestintä- ja energiamarkkinoilla.[57] Perustamissopimuksessa säännökset valtiontuista sisältyvät edellä todetun mukaisesti kilpailusäännöt sisältävän 1 luvun 2 jakson ”Valtion tuki” 87–89 artiklaan. Alalle pääsyä koskevien säännösten tarkastelu ei kuulu tämän tutkimuksen tavoitteisiin. Kilpailuoikeudella sanan suppeassa merkityksessä tarkoitetaan oikeudellisia sääntöjä, joilla pyritään estämään yritysten toimenpiteet kilpailun rajoittamiseksi. Kilpailusäännöt suppeassa merkityksessä sisältyvät Euroopan yhteisön perustamissopimuksessa 1 luvun 1 jakson ”Yrityksiin sovellettavat säännöt” 81–82 artiklaan. Suomen kansallisessa lainsäädännössä vastaavat säännöt sisältyvät kilpailunrajoituslain (480/1992) 4–6 §:ään (30.4.2004/318).

Kilpailuoikeudella on aina ollut merkittävä rooli yhteisön oikeudessa, mutta rooli on kiistanalainen. Kilpailupolitiikan ytimeen voidaan nähdä kuuluvan lukuisia erilaisia tavoitteita, jotka kaikki kuitenkaan eivät ole keskenään yhteensopivia. Eräs tavoite on aikaansaada resurssien optimaalisella allokoinnilla tehokkuutta kuluttajan hyvinvoinnin maksimoimiseksi. Tehokkuus ei ole kilpailupolitiikan ainoa tavoite. Toinen tavoite on kuluttajien ja pienempien yritysten suojelu taloudellisen voiman keskittymiseltä, joko yksittäisen yrityksen monopoliasemasta johtuvalta dominanssilta tai sellaisilta sopimuksilta, joiden perusteella yritykset toimivat kilpailijoihinsa nähden yhtenä yksikkönä. Kolmas tavoite on auttaa muodostamaan Euroopan yhteismarkkinat ja estää yksittäisten yritysten tämän tavoitteen vastaiset toimenpiteet.[58]

Yleisempi tapa ryhmitellä yhteisön kilpailuoikeuden tavoitteet on jakaa ne kahteen suurempaan pääryhmään, kilpailutavoitteeseen ja integraatiotavoitteeseen. Kilpailutavoitetta ilmentää erityisesti perustamissopimuksen 3 artiklan 1 kohdan alakohta g. Sen mukaan yhteisön 1 artiklassa todettujen tavoitteiden

---

[57] *Kuoppamäki*, 2003, s. 21.
[58] *Craig – de Búrca*, 1998, s. 891 ss.

toteuttamiseksi yhteisön toimintaan sisältyy järjestelmä, jolla taataan, että kilpailu säilyy. [59]

Perustamissopimuksen kilpailuoikeusartikloissa ei suoraan viitata yhteisön kilpailuoikeuden tavoitteisiin, mutta tämä käy epäsuorasti ilmi sopimuksen eri kohdista. Perustamissopimuksen 81 artikla kieltää jäsenvaltioiden väliseen kauppaan vaikuttavat sopimukset, joiden tarkoituksena on estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua ”yhteismarkkinoilla”. Artikla 82 kieltää yhden tai useamman yrityksen ”määräävän aseman väärinkäytön yhteismarkkinoilla”, jos se on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Euroopan yhteisön kilpailuoikeuden päällimmäisenä tavoitteena pidetäänkin yleensä toimivien kilpailuolosuhteiden luomista.[60]

Sisämarkkinoiden luomistavoite (*integraatiotavoite*) on näkynyt selvästi niin komission päätöksissä kuin yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Yleisesti voidaankin sanoa, että tuomioistuin on oikeuskäytännössään pyrkinyt tukemaan sisämarkkinatavoitteen toteutumista. Ilman kilpailusääntöjä moni yhteisön perustamissopimuksen säännös jäisi ilman merkitystä. Neljää vapautta – tavaroiden, palveluiden, henkilöiden ja pääomien liikkuvuutta – koskevilla sisämarkkinasäännöksillä pyritään poistamaan jäsenvaltioiden luomat kaupan esteet. Kilpailuoikeus taas pyrkii minimoimaan yritysten mahdollisuudet asettaa esteitä sisämarkkinoiden kehittymiselle tai pyrkimykset niiden jakamiselle.[61]

Vuoden 1992 kilpailunrajoituslain (480/1992) säätäminen tähtäsi Suomen kilpailuoikeuden yhdenmukaistamiseen Euroopan yhteisön kilpailuoikeuden kanssa. Tästä johtuen ei ole perusteltua tehdä merkittävää eroa Suomen ja yhteisön kilpailuoikeuden tavoitteiden välillä. Myös kilpailunrajoituslain yleisenä tavoitteena on terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun turvaaminen. Kilpailunrajoituslain 1 §:n 2 momentin mukaan laki pyrkii suojelemaan erityisesti kuluttajien etua.[62] Kilpailunrajoituslain sisältämien kilpailusääntöjen yhtenäistäminen yhteisön oikeuden vastaavien säännösten kanssa jatkui vuonna 2004 (lailla 30.4.2004/318).

Oikeudellisella sääntelyllä voi olla tehokkuuspäämäärien ohella myös oikeudenmukaisuuspäämääriä. Taloustieteessä oikeudenmukaisuudella viitataan yleensä kotitalouksien väliseen tulonjakoon, johon vaikutetaan muun muassa verotuksen keinoin.[63] Tässä tutkimuksessa ne liittyvät sosiaalioikeuden säänte-

---

[59] Yrityskeskittymien valvontaa koskee neuvoston asetus (ETY) N:o 4064/89 yrityskeskittymien valvonnasta, joka annettiin vuonna 1989 ja tuli voimaan 21.9.1990. Suomen kilpailurajoituslakiin lisättiin yrityskauppavalvontaa koskeva 11 ja 11 a–11 i § vuonna 1998 (lailla 30.4.1998/ 303) ja ne tulivat voimaan 1.10.1998. Ks. myös *Kuoppamäki*, 2003, s. 57.

[60] *Alkio – Wik*, 2004, s. 9 ss.

[61] Ks. *Alkio – Wik*, 2004, s. 11. Asia C-6/72, *Continental Can*, k. 24 ja 25.

[62] *Alkio – Wik*, 2004, s. 13 ss.

[63] *Määttä*, 2006, s. 33.

lyn tavoitteisiin. Euroopan yhteisön muodostamassa monimutkaisessa kokonaisuudessa sosiaalisten (perus)oikeuksien toteuttamisvastuu kuuluu edelleenkin kansallisen tason järjestelmille, yhteisön tehtävän keskittyessä markkinoiden tehokkuuden aikaansaamiseen. Markkinaintegraation tavoitteena on lisätä yhteiskunnan taloudellista kasvua huolehtimatta siitä, kuinka aikaansaatava varallisuus jaetaan. Tulonjakokysymykset jäävät jäsenvaltioiden vastuulle.

Uusliberaalisessa ajattelussa sosiaalisen hyvinvoinnin on sanottu merkitsevän uhkaa markkinoiden tehokkuudelle. Sosiaaliset oikeudet uhkaavat väärällä tavalla vahvistaa työntekijöiden valtaa markkinoilla, alistavat yksilöt ryhmien eduksi ja vaativat valtiota puuttumaan markkinoiden toimintaan. Vasta aivan viime aikoina on myös yhteisön piirissä alkanut esiintyä vaatimuksia ”kolmannesta tiestä”, joka sisältää irtioton sekä uusliberalismista että sosiaalidemokraattisesta mallista. Ideana on se, ettei sosiaalisia oikeuksia enää nähdä liiketoiminnan rasitteena, vaan edistämällä yrityksen ja koko yhteiskunnan tehokkuutta ne ovat päinvastoin osa liiketoiminnan pääomaa.[64] Suomalaisesta näkökulmasta tätä ajattelumallia ei voitane pitää suurena uutuutena. Nykyisen hyvän kilpailukykymme on katsottu perustuvan hyvinvointiyhteiskuntaan ja julkisiin toimiin. Hyvinvointiyhteiskunnan saavutuksiin kuuluvat maksuton koulutus peruskoulusta yliopistoihin, kaikkien ulottuvilla olevat terveydenhuoltopalvelut ja kattavat sosiaalipalvelut, sosiaaliturva työttömyyden, sairauksien ja vanhuuden varalle, kohtuullisen pienet tuloerot ja vähäinen köyhyys sekä naisten aktiivinen osallistuminen yhteiskunta- ja työelämään.[65]

4.2 KILPAILUSÄÄNTÖJEN SISÄLLÖSTÄ

Tämän tutkimuksen eräänä tavoitteena on arvioida mahdollisuutta antaa järjestöille sosiaali- ja terveyspalvelun tuottamisen yksin- tai erityisoikeus ja samalla raha-automaattiavustusta. Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan avustuksilla ei saa olla vähäistä suurempia vaikutuksia kilpailuun ja markkinoiden toimintaan. Näistä lähtökohdista seuraavassa pyritään alustavasti tunnistamaan, millä tavoin kilpailusäännöt liittyisivät edellä mainittuun järjestelyyn ja miten ne liittyvät avustusten myöntämiseen. Kilpailusääntöjen kattava ja syvällinen tarkastelu ei ole tämän tutkimuksen tavoitteiden kannalta tarpeellista.

Kilpailunrajoituslain 4 §:n mukaan kiellettyjä ovat sellaiset elinkeinonharjoittajien väliset sopimukset, elinkeinonharjoittajien yhteenliittymisen päätökset sekä elinkeinonharjoittajien yhdenmukaistetut menettelytavat, joiden tarkoitukse-

---

[64] Ks. kattavammin ”kolmannesta tiestä” *Fredman,* 2006, s. 42 ss.
[65] Ks. *Mokka – Neuvonen*, 2006, s. 6 ss.

na on merkittävästi estää, rajoittaa tai vääristää kilpailua tai joista seuraa, että kilpailu merkittävästi estyy, rajoittuu tai vääristyy. Kiellettyjä ovat erityisesti sellaiset sopimukset, päätökset ja menettelytavat, joilla suoraan tai välillisesti vahvistetaan osto- tai myyntihintoja taikka muita kauppaehtoja (1 kohta), joilla rajoitetaan tai valvotaan tuotantoa, markkinoita, teknistä kehitystä taikka investointeja (2 kohta), joilla jaetaan markkinoita tai hankintalähteitä (3 kohta), joiden mukaan eri kauppakumppaneiden samankaltaisiin suorituksiin sovelletaan erilaisia ehtoja siten, että kauppakumppanit asetetaan epäedulliseen kilpailuasemaan (4 kohta), tai joiden mukaan sopimuksen syntymisen edellytykseksi asetetaan se, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen (5 kohta).[66]

Mikäli yritykset päättävät hinnoistaan itsenäisesti, muodostuvat hinnat yritysten kustannusrakenteen ja kilpailutilanteen perusteella. Tämä mahdollistaa hintakilpailun syntymisen, jolloin kuluttajille tarjotaan erihintaisia hyödykkeitä. Kilpailijoiden on tällöin kyettävä tarjoamaan omaa hyödykettään vähintään yhtä edullisin ehdoin, koska muutoin ne menettävät asiakkaitaan ja markkinaosuuttaan. Tähän perustuu kilpailunrajoituslain 4 §:n ilmaisema kielteinen suhtautuminen hinnoista ja muista kauppaehdoista sopimiseen.[67]

Lain 5 §:n mukaan edellä todettu kielto ei kuitenkaan koske sellaista elinkeinonharjoittajien välistä sopimusta, yhteenliittymän päätöstä tai yhdenmukaistettua menettelytapaa tai muuta säännöksessä määrättyä järjestelyä, joka osaltaan tehostaa tuotantoa tai tuotteiden jakelua taikka edistää teknistä tai taloudellista kehitystä, jättää kuluttajille osuuden näin saatavasta hyödystä, ei aseta asianomaisille elinkeinonharjoittajille rajoituksia, jotka eivät ole välttämättömiä mainittujen tavoitteiden saavuttamiseksi, eikä anna näille elinkeinonharjoittajille mahdollisuutta poistaa kilpailua merkittävältä osalta kysymyksessä olevia hyödykkeitä.[68]

Kilpailunrajoituslain 6 §:n mukaan yhden tai useamman elinkeinonharjoittajan tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymän määräävän markkina-aseman väärinkäyttö on kiellettyä.[69] Väärinkäyttöä voi olla erityisesti kohtuuttomien osto-

---

[66] Kilpailuviraston Näkövammaisten Keskusliitto ry:tä koskeva päätös Dnro 287/61/03, 18.12.2006. Päätös koski muun ohella väitettä Keskusliiton kilpailunrajoituslain vastaisesta toiminnasta näkövammaisten apuvälineiden myynnissä. Konkreettisesti kysymys on kyseisen keskusliiton saamista välineiden yksinmyyntioikeuksista. Kilpailuvirasto katsoi, etteivät yksinmyyntioikeudet näytä vähentäneen kilpailua siinä määrin, että virastolla olisi syytä ryhtyä erityisiin toimenpiteisiin. Virasto ei löytänyt näyttöä sille, että jotkut keskusliiton tavarantoimittajat olisivat kieltäneet muissa EU-maissa olevia jakelijoitaan vastaamasta valittajana olleen yhtiön tarjouksiin. Päätöksen k. 24.

[67] Vrt. *Alkio – Wik*, 2004, s. 149 ss.

[68] Ks. kartelleista ja horisontaalisesta yhteistyöstä *Alkio – Wik*, 2004, s. 146 ss.

[69] Määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä erityisesti kilpailunrajoituslain soveltamisessa *Mentula – Pokela – Saraste*, 1998, s. 20–25.

tai myyntihintojen taikka muiden kohtuuttomien kauppaehtojen suora tai välillinen määrääminen (1 kohta), tuotannon, markkinoiden tai teknisen kehityksen rajoittaminen kuluttajien vahingoksi (2 kohta), erilaisten ehtojen soveltaminen eri kauppakumppanien samankaltaisiin suorituksiin kauppakumppaneita epäedulliseen kilpailuasetelmaan asettavalla tavalla (3 kohta), tai sen asettaminen sopimuksen tekemisen edellytykseksi, että sopimuspuoli hyväksyy lisäsuoritukset, joilla niiden luonteen vuoksi tai kauppatavan mukaan ei ole yhteyttä sopimuksen kohteeseen (4 kohta). Kilpailunrajoituslaki ei kiellä määräävää markkina-asemaa sinänsä, mutta kieltää määräävän markkina-aseman väärinkäytön.[70]

Kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin mukaan määräävä markkina-asema katsotaan olevan yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla (30.4.2004/318). Määräävän markkina-aseman määrittämisessä keskeisessä asemassa ovat relevanttien hyödyke- ja maantieteellisten markkinoiden tunnistaminen, relevanteilla markkinoilla toimivien yritysten markkina-aseman selvittäminen sekä kilpailutilanteen arvioiminen kuten muun muassa alalle tulon esteiden selvittäminen.[71] Määräävä markkina-asema ei edellytä monopolia.

> Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisun *Hoffmann – La Roche* C-85/76 mukaan määräävällä markkina-asemalla tarkoitetaan yrityksen taloudellista valta-asemaa, jonka perusteella se voi estää toimivan kilpailun relevanteilla markkinoilla, koska se voi toimia huomattavan itsenäisesti suhteessa kilpailijoihinsa, asiakkaihinsa ja lopulta kuluttajiin. Toisin kuin monopoli tai sitä lähes vastaava asema, määräävä markkina-asema ei sulje pois tietynasteista kilpailua, mutta se antaa tällaisessa asemassa olevalle yritykselle ainakin mahdollisuuden vaikuttaa huomattavasti kilpailuedellytyksiin. Vaikka yritys ei pystyisikään täysin määräämään kilpailuedellytyksistä, sen asema antaa joka tapauksessa mahdollisuuden toimia pitkälti tarvitsematta ottaa kilpailua huomioon. Tällaisesta asenteesta ei yritykselle itselleen aiheutuisi haittaa.[72]

Kilpailunrajoituslain 1 a §:n mukaan kun kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, sovelletaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan säännöksiä. Kysymys on silloin kauppakriteerin täyttymisestä. Määräävä markkina-alue rajautuu valtakunnalliseksi tai paikalliseksi, mikäli ulkomailta ei ole tarjolla kilpailukykyisiä

---

[70] Ks. *Kuoppamäki*, 1992, s. 50.
[71] *Alkio – Wik*, 2004, s. 273.
[72] Määräävän markkina-aseman käsitteestä yhteisön oikeudessa asia C-85/76, *Hoffmann – La Roche*, erityisesti k. 39 ja 40.

vaihtoehtoja tuotteiden kotimarkkinoilla. Soveltaminen tulee esille silloin, kun kilpailusääntöjen soveltamatta jättäminen vaarantaisi yhteisön kilpailuoikeuden yleisen toimeenpanon tai tehokkuuden jäsenvaltiossa.[73]

Perustamissopimuksen 81 artiklan ja vastaavasti kilpailunrajoituslain 4 §:n kartellikielto saattaa tulla arvioitavaksi osana hankintamenettelyä.

> Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu (KHO 11.11.1996, taltio 3509) koski taksi-autoilijoiden kunnalle koululaiskuljetuksista tekemää tarjousta. Kilpailuneuvosto katsoi selvitetyksi, että eräät taksiautoilijat olivat syyllistyneet kilpailunrajoituslain 5 §:n (nykyisin 4 §:n) vastaiseen tarjouskartelliin. Kaikki olivat tehneet liikenneministeriön vahvistamia ylimpiä sallittuja reittitaksoja vastaavan tarjouksen. Kilpailuneuvosto määräsi, ettei tarjouskartellia saanut enää uudistaa, mutta ei määrännyt seuraamusmaksua.[74]
>
> Tarjousyhteenliittymät saattavat olla sallittuja silloin, kun niiden muodostaminen on edellytyksenä sille, että myös yksittäiset yritykset voivat osallistua tarjouksen tekemiseen. Osoituksena sille, ettei yhteistarjous vääristä kilpailua, voidaan pitää tarjousten suurta määrää.[75]

Määräävää markkina-asemaa koskevat kiellot voivat tulla sovellettavaksi myös tilanteessa, jossa yritys ja tai sen tunnuspiirteet täyttävä järjestö toimii ostajana.

> Ennakkoratkaisu *FENIN* C-205/03 koski yrityskäsitteen soveltamista kansallisesta terveysjärjestelmästä vastaavaan yksikköön. *FENIN* oli lääkinnällisiä instrumentteja markkinoivien yritysten yhdistys, jonka jäsenten liikevaihdosta yli 80 prosenttia muodostui myynnistä SNS:n hallinnolle, joka puolestaan oli kansallista terveydenhuoltojärjestelmästä vastaava kolmen ministeriön muodostama elin. Ennakkoratkaisun mukaan tuotteen ostamista ei ole erotettava sen myöhemmästä käytöstä tämän ostotoiminnan laadun arvioimisessa. Sillä, onko ostetun tuotteen myöhempi käyttö taloudellista vai ei, on ratkaiseva merkitys tämän ostotoiminnan luonteen määrittämisessä.[76]

FENIN-ratkaisun perusteella on todettavissa, ettei viranomaisyksikkö (tässä tapauksessa terveydenhuoltojärjestelmästä vastaava elin SNS) toimiessaan ostajana täytä yrityksen tunnusmerkkejä. Tilanne muuttuu toiseksi silloin, jos viranomaisyksikkö harjoittaa itse samalla perustamissopimuksen tarkoittamaa taloudellista toimintaa. Tällaisen yrityksen toimintaa voidaan arvioida perustamissopimuksen 82 artiklan ja vastaavasti kilpailunrajoituslain 6 §:n perusteella. Toi-

---

[73] Ks. *Raitio*, 1999, s. 408.
[74] KHO 11.11.1996, taltio 3509.
[75] Kilpailuneuvoston päätös Dnro 34/690/99, 20.5.1999.
[76] Asia C-205/03, *FENIN*, k. 25 ja 27.

minnan teollinen tai kaupallinen luonne saattaa eräissä tapauksissa samalla merkitä sitä, ettei hankintasääntöjäkään sovelleta.[77]

Kilpailuvirasto selvitti viime vuosikymmenen lopulla Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista tukea saaneiden järjestöjen asemaa myös määräävän markkina-aseman kannalta. Virasto katsoi, etteivät valtakunnallisetkaan järjestöt, jotka ovat mukana avustustoimintaa koskevassa päätöksenteossa, mitenkään silloin voineet elinkeinotoimintana pidettävässä toiminnassaan yhdessä muodostaa kilpailunrajoituslain 3 §:ssä tarkoitettua yhteenliittymää, jolla olisi määräävä markkina-asema. Myöskään Euroopan yhteisön kilpailuoikeudellisessa käytännössä määriteltyjä yhteisen määräävän markkina-aseman kriteerejä ei jäsenjärjestöjen voida katsoa viraston mielestä täyttävän. Kilpailuvirasto katsoi kuitenkin olevan mahdollista, että jollakin yhteisöllä on tietyillä relevanteilla markkinoilla niin vahva asema, että sitä voitaisiin tarkastella kilpailunrajoituslain 7 §:n (nykyisin 6 §) perusteella.[78] Käytännössä tämä viittaus tarkoittaa sitä, että avustusta saaneen järjestön toimintaa voitaisiin tarkastella väärinkäytön kiellon perustella.

Julkista tukea saavan yhteisön tapauksessa erityistä huomiota tulee kiinnittää ns. ristisubventioon. Ristisubventio saattaa toteutua tapauksessa, jossa tuen saajalla on samassa juridisessa yksikössä sekä markkinaehtoista että ei-markkinaehtoista toimintaa. Ratkaisevaa ei ole kuitenkaan se, miten markkinaehtoinen toiminta on järjestetty, sillä merkityksellistä on todellinen subventiovaikutus. Markkinaehtoinen toiminta voi tapahtua esimerkiksi yhdistyksen hallitsemassa ja erillisessä yhtiössä, johon tuen taloudellinen vaikutus välittyy. Tuen vaikutus ilmentyy mahdollisuutena hinnoitella tuotteet kilpailijoita edullisemmin.[79]

---

[77] Tämä poikkeus koskisi hankintadirektiivin 1 artiklan 9 kohdan tarkoittamaa julkisoikeudellista laitosta, jolla muiden vaatimusten ohella tarkoitetaan laitosta, jolla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta. Varsinaisiin viranomaisyksiköihin ei poikkeus ulotu silloinkaan, kun ne harjoittavatkin teollista tai kaupallista toimintaa. Tätä johtopäätöstä voidaan perustella välittömästi hankintadirektiivin hankintayksikön määritelmän perusteella. Johtopäätös on perusteltavissa myös *Mannesmann* C-44/96 -ratkaisun perusteella. Sen mukaan, jos yksikkö on perustettu täyttämään yleisen edun mukaiset tarpeet, tällainen pienikin osa yrityksen muutoin harjoittamasta kaupallisesta toiminnasta tekee koko toiminnan hankintasääntöjen alaiseksi.

[78] Kilpailuviraston kirje 24.3.2000, Dnro 96/61/99, s. 6 ss.

[79] Raha-automaattiyhdistyksen jakotoiminnasta ja kilpailulainsäädännöstä *Timonen*, 1997 ja *Timonen*, 1988.

4.3 TALOUDELLINEN TOIMINTA JA YRITYS EY:N OIKEUDESSA

4.3.1 Taloudellinen toiminta

Euroopan yhteisö on ensisijaisesti taloudellinen liitto, mikä ilmenee perustamissopimuksen 2 artiklasta. Sen mukaan yhteisön päämääränä on muiden toimenpiteiden ohella talousliiton perustaminen ja yhteisön tarkoituksena on edistää taloudellisen toiminnan sopusointuista, tasapainoista ja kestävää kehitystä koko yhteisössä, työllisyyden ja sosiaalisen suojelemisen korkeaa tasoa ja muita artiklassa mainittuja tekijöitä. Ideologisesti toiminta perustuu ajatukseen Euroopan kilpailukyvyn parantamisesta, jotta sen jäsenvaltioiden taloudelliset resurssit kehittyisivät ja voisivat edesauttaa muiden 2 artiklassa olevien tavoitteiden toteutumista. Yhteisön tavoitteet eivät sinällään voi suoraan muodostaa velvoitteita jäsenvaltiolle tai yksilöille.[80] Tässä yhteydessä on syytä palauttaa mieleen myös se, että Euroopan yhteisö ja sen jäsenvaltiot ovat valinneet vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteet (perustamissopimuksen 4 ja 98 artikla). Sisämarkkinoita tulee suojata kilpailun vääristymiltä (3 artiklan 1 kohdan g alakohta).

Tässä tutkimuksessa on kysymys yleishyödyllisten järjestöjen kunnille tuottamista sosiaali- ja terveyspalveluista, joiden järjestämisestä järjestöt eivät tavoittele voittoa, vaan katsovat tekevänsä sen aatteellisessa tarkoituksessa. Tämän vuoksi kysymykset toiminnan *taloudellisesta luonteesta* ja *voiton tavoittelusta* ovat perustamissopimuksen soveltamisen perusehtona myös tässä tutkimuksessa. Harjoittavatko sosiaali- ja terveysjärjestöt ylipäänsä perustamissopimuksen säätelyalaan kuuluvaa taloudellista toimintaa?[81]

Perustamissopimuksen 48 artiklan 2 kohdan mukaan ”yhtiöllä” tarkoitetaan siviili- ja kauppaoikeudellisia yhtiöitä, osuustoiminnallisia yhtiöitä sekä *muita julkis- tai yksityisoikeudellisia oikeushenkilöitä, lukuun ottamatta niitä, jotka eivät tavoittele voittoa*. Edellä todettu artikla koskee sijoittautumisvapautta koskevan luvun määräysten soveltamista. Perustamissopimuksen 55 artiklan viittaussäännöksen mukaan 48 artiklan poikkeusta sovelletaan myös palvelujen tarjonnan vapautta koskevan luvun määräyksiin. Mikäli 48 artiklan poikkeusta sovellettaisiin artiklan sanamuodon mukaisesti voittoa tavoittelemattomiin yleishyödyllisiin järjestöihin, ei perustamissopimuksen sijoittautumisoikeutta ja palvelu-

---

[80] Ks. asia C-126/86, *Giménez Zaera*.

[81] Vaikka esimerkiksi säätiön tavoitteena ei yleishyödyllisenä säätiönä olisikaan kiinteistön vuokralle antamisen yhteydessä voiton maksimointi, vuokralle antaminen on kuitenkin vastikkeellista toimintaa ja osallistumista talouselämään. Julkisasiamies asiassa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*, k. 48.

jen tarjonnan vapautta koskevien määräysten soveltaminen yleishyödyllisiin sosiaali- ja terveysjärjestöihin olisi mahdollista.

Perustamissopimus ei anna selkeää kuvaa siitä, millaisin edellytyksin jokin toiminta kuuluisi sopimuksen soveltamisalaan.

> Tuomioistuin totesi esimerkiksi rahapelitoimintaa koskeneessa ennakkoratkaisussaan *Anomar* C-6/01, että kaikkia raha- ja onnenpelejä tulee pitää 2 artiklassa tarkoitettuna taloudellisena toimintana. Rahapelitoiminta täyttää kaksi yhteisöjen tuomioistuimen aiemmassa oikeuskäytännössään asettamaa edellytystä: kyse on oltava *palvelun tarjoamisesta vastiketta vastaan* ja *voiton tavoittelusta*. Tapauksessa tuomioistuimelta kysyttiin, onko tiettyjen rahapelien tarjoaminen ylipäänsä perustamissopimuksen 2 artiklan ”taloudellista toimintaa”.[82]

Useimmissa yhteisöjen tuomioistuimen jäljempänä esille tulevista ennakkoratkaisuista viitataan taloudellisen *voiton tavoitteluun* tai *kannattavuuteen*. Esimerkiksi voittoa tavoittelemattoman, sosiaalisesti merkittävän harrastusluonteisen urheilutoiminnan tavoitteet ovat pelkästään sosiaalisia ja virkistykseen tähtääviä. Tämän vuoksi tällainen harrastustoiminta ei ole välttämättä taloudellista toimintaa.[83] Harrastustoiminnan yhteydessä voidaan kylläkin harjoittaa taloudellista toimintaa. Siten myös aatteelliset yhdistykset ja esimerkiksi julkisoikeudelliset laitokset tai yhteisöt voivat tosiasiassa taloudellista toimintaa harjoittaessaan olla yrityksiä kilpailuoikeudellisessa merkityksessä.[84]

Artiklan 48 yhtiötä koskevan poikkeuksen on todettu olevan johdonmukainen sen kanssa, että ilman maksua työskentelevät työntekijät eivät sisälly 39 artiklan soveltamisen alaan ja samoin *vastikkeettomat palvelut* eivät kuulu palveluja koskevan 49 artiklan soveltamisen alaan. Huolimatta perustamissopimukseen tehdyistä muutoksista sen muilla soveltamisen alueilla, *tämä tarkoittaa pohjimmiltaan perustamissopimuksen vapaata liikkuvuutta koskevien määräysten kaupallista fokusta*.[85]

> Ennakkoratkaisussa *Humbel* C-263/86 kysymys oli siitä, kuuluiko kansalliseen koulutusjärjestelmään kuuluvien ammatillisten kurssien järjestäminen perustamissopimuksen soveltamisen alaan ja olivatko ne perustamissopimuksen mukaisia palveluja. Ratkaisun mukaan *”**First of all, the State, in establishing and maintaining such a system, is not seeking to engage in gainful activity, but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and***

---

[82] Asia C-6/01 *Anomar*, k. 47.

[83] Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi palveluista sisämarkkinoilla, Parlamentin toinen käsittely 15.11.2006, johdanto-osan k. 35.

[84] Ks. *Whish*, 2003, s. 187–190.

[85] *Craig – de Búrca*, s. 187, 188 ja 756.

educational fields. Secondly, the system in question is, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents."[86]

Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Cisal* C-218/00 oli kyse työtapaturmavakuutuksia tarjoavan vakuutuslaitoksen toiminnasta. Sosiaalinen päämäärä ei sinänsä vapauttanut laitosta kilpailusäännöistä. Laitos rahoitettiin vakuutusmaksuilla, joita ei järjestelmällisesti suhteutettu vakuutettuun riskiin, eikä suoritettujen etuuksien määrää suhteutettu vakuutetun tuloihin. Etuudet maksettiin tapaturman sattuessa, vaikka vakuutusmaksuja ei olisikaan suoritettu ajallaan. Järjestelmä merkitsi *työntekijöiden keskinäistä yhteisvastuuta* ja kyseinen laitos täytti luonteeltaan yksinomaan sosiaalisen tehtävän. Sen toiminta ei siis ollut yhteisön perustamissopimuksen kilpailusäännöissä tarkoitettua taloudellista toimintaa.[87]

Taloudellisen toimintaan kuuluu myös piirre toimintaan liittyvistä taloudellisista *riskeistä*.

Italiaa koskeneessa ennakkoratkaisussa C-35/96 oli kysymys tullihuolitsijoiden toiminnasta, jotka tarjosivat palvelujaan maksua vastaan ja vastasivat toimintaan liittyvistä taloudellista riskeistä itse.[88]

Komissio on tulkinnut *Humbel*-ratkaisua siten, ettei yhteisön *kilpailu-* ja *sisämarkkinasääntöjä* yleensä sovelleta moniin toimintamuotoihin, joita harjoittavat ensi sijassa sosiaalisia tehtäviä suorittavat, voittoa tavoittelemattomat organisaatiot, joiden tavoitteena ei ole harjoittaa teollista tai kaupallista toimintaa. Perustamissopimuksen 50 artiklan mukaista palvelua ovat sellaiset ylemmän asteen koulutukseen kuuluvat kurssit, joita järjestävät julkiseen rahoitukseen perustumattomat instituutiot, jotka tavoittelevat toiminnallaan voittoa. Komission tulkinnan mukaan ennakkoratkaisussa otetaan huomioon sellaisten organisaatioiden, kuten ammattiliittojen, poliittisten puolueiden, kirkkojen ja uskonnollisten yhteisöjen, kuluttajajärjestöjen, tieteellisten seurojen, hyväntekeväisyysjärjestöjen sekä avustusjärjestöjen ei-taloudellinen toiminta. Jos kyseinen organisaatio harjoittaa kuitenkin taloudellista toimintaa yleishyödyllistä tehtävää suorittaessaan, tähän taloudelliseen toimintaan sovelletaan yhteisön sääntöjä (tämän tie-

---

[86] Asia C-263/86, *Humbel*, k. 17–19. Suomennettuna tämä tarkoittaa sitä, että *sellaisella järjestelmällä ei osallistuta kannattavuutta tavoittelevaan toimintaan, vaan sillä valtio suorittaa toiminnan ilman taloudellista vastiketta täyttääkseen tehtävänsä väestön sosiaali-, kulttuuri- tai koulutusalalla. Toisekseen, kyseessä oleva järjestelmä on luonteeltaan yleinen, kaikkia koskeva, ja se rahoitetaan julkisista varoista eikä vain oppilaiden tai heidän vanhempiensa toimesta.*

[87] Asia C-218/00, *Cisal,* k. 34–46.

[88] Näin esimerkiksi asiassa C-35/96, *komissio v. Italia*, k. 36.

donannon mukaisesti) ja otetaan erityisesti huomioon se sosiaalinen ja kulttuurinen ympäristö, jossa toimintaa harjoitetaan.[89]

4.3.2 ”Yritys” perustamissopimuksessa

Vain kilpailuoikeudellisesti itsenäisinä pidettävien ”yritysten” väliset toimenpiteet voivat kuulua artiklan 81 soveltamisen piiriin. Yrityksen käsite toistuu määräävää markkina-asemaa koskevassa 82 artiklassa sekä jäljempänä yksityiskohtaisesti käsiteltävässä 86 artiklassa. Viimeksi mainittu artiklan 1 kohta koskee julkisia yrityksiä ja yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät yksinoikeuksia tai erityisoikeuksia.[90] Taloudellista toimintaa harjoittavat julkiset yritykset ovat yhteisön kilpailuoikeuden alaisia ottaen huomioon ne poikkeukset, jotka seuraavat 86 artiklasta. Perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohta kieltää sellaisen valtion tuen, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla ”yritystä” tai tuotannonalaa, sikäli kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Perustamissopimus ei määrittele yrityksen käsitettä. Käsite ei suoraan vastaa jäsenvaltioiden siviili- ja kauppaoikeudellisia yhtiöitä (*companies*) tai juridisia henkilöitä (*legal person*), sillä yrityksen käsitteellä on kilpailusääntöjen soveltamisessa erityinen merkityksensä. Yrityksen käsite määräytyy toiminnan funktionaalisen sisällön perusteella. Kilpailuoikeudessa sen merkitys on hyvin laaja, jolloin se kattaa lähes kaikki tavalla tai toisella taloudellista toimintaa harjoittavat tahot.[91]

Perustamissopimuksen tarkoittamaa taloudellista toimintaa on muun muassa 49 artiklan mukaisen vapausoikeuden piiriin kuuluva palvelujen tarjonta. Perustamissopimuksen 50 artiklassa määritellään palvelu siten, että palveluilla tarkoitetaan suorituksia, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske. Palveluihin kuuluvat erityisesti teollinen toiminta, kaupallinen toiminta, käsityöläistoiminta ja vapaiden ammattien harjoittamiseen kuuluva toiminta. Hankintadirektiivin 1 artiklan 2 d) kohdan määritelmä julkisista palveluhankintasopimuksista vastaa peruspiirteiltään perustamissopimuksen 50 artiklaa. Direktiivin säätelemillä palveluhankintasopimuksilla tarkoitetaan muita kuin julkisia rakennusurakoita ja julkisia tavaranhankintoja koskevia sopimuksia (joiden kohteena on direktiivin liitteessä II tarkoitettujen palvelujen suorittaminen). Tämä yhdenmukaisuus on sikäli luonnollista, että hankintadirektiivin tarkoituksena on edistää muun muassa 49 artiklan toteutumista.

---

[89] Yleishyödylliset palvelut Euroopassa, KOM (2000) 580 lopullinen, s. 13.

[90] Näistä yrityksistä on käytetty tässä tutkimuksessa myös nimitystä *valtioon läheisessä suhteessa oleva yritys*.

[91] Ks. *Joutsamo ym.,* 2000, s. 517.

Miten taloudellisuus sitten määräytyy? Yhteisöjen tuomioistuin on käsitellyt lukuisissa ennakkoratkaisuissa kysymystä toiminnan taloudellisuudesta.

> Ennakkoratkaisun *Höfner ja Elser* C-41/90 mukaan yrityksen käsitteeseen yhteisön 85 ja 86 (nykyisin 81 ja 82) artiklan soveltamisessa kuuluvat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Taustalla on ajatus siitä, ettei kenenkään tulisi hyötyä siitä oikeudellisesta muodosta, jossa taloudellista toimintaa harjoitetaan. Taloudellinen toiminta muodostuu tavaroiden ja palveluiden tarjoamisesta tietyillä markkinoilla.[92]

Ratkaisussa työnvälitystoiminta katsottiin taloudelliseksi toiminnaksi ja samalla sen katsottiin voivan olla myös 86 artiklan 2 kohdan tarkoittama yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvää palvelua. Ratkaisu osoittaa myös sen, että perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohtaa sovelletaan sekä julkisiin että yksityisiin yrityksiin. Määräävää markkina-asemaa koskevan soveltamisen kannalta merkittävää oli se, että markkinoilla oli olemassa osasta työnvälitystoimintaa myös muuta vastaavaa kaupallista palveluntarjontaa.[93]

> Yhteisöjen tuomioistuimen yhdistetyissä asioissa *Poucet ja Pistre* C-159/91 ja C-160/91 antaman ennakkoratkaisun mukaan yhteisön perustamissopimuksen 85 ja 86 artiklassa tarkoitettu yrityksen käsite kattaa kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt. Siihen eivät kuulu kuitenkaan sellaiset erityisen sosiaaliturvajärjestelmän hoitamisesta vastuussa olevat elimet, joiden tehtävä on yksinomaan sosiaalinen ja joiden toimintaan, joka perustuu kansallisen yhteisvastuun periaatteeseen, ei liity minkäänlaista voitontavoittelua. Toiminta ei ollut taloudellista.[94]

Yhteisöjen oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkintakäytännön mukaan taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla.

Tämä edellä mainituissa *Höfner ja Elser*- ja *Poucet ja Pistre* -ratkaisuissa todetut perusteet vahvistuivat myös ennakkoratkaisussa *Pavlov ym.* C-180/98–C-184/98.[95] Tuomioistuin on todennut yritykseksi kilpailusääntöjen ja julkisia tukia koskevien määräysten soveltamisessa taloudellisen toimijan riippumatta siitä, että tavaroiden ja palvelujen tarjonta on tehty voittoa tavoittelematta, koska

---

[92] Tämän totesi julkisasiamies *F. G. Jacobs* ratkaisuehdotuksessaan yhdistetyissä asioissa C-180/98–184/98, *Pavlov ym.*, k. VI. 3.

[93] Asia C-41/90, *Höfner ja Elser v Macrotron GmbH*, k. 21. Kysymyksessä oli työnvälitystoimintaa harjoittava laitos. Viimeaikaisesta käytännöstä esimerkiksi asia C-218/00, *Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas*, k. 22.

Myös asia C-35/96, *Komissio v. Italia*, k. 36, jossa tuomioistuin viittasi ratkaisuun asiassa C-118/85, *Komissio v. Italia*, k. 7.

[94] Yhdistetyt asiat C-159/91 ja C-160/91, *Poucet ja Pistre*, k. 19.

[95] Yhdistetyt asiat C-180/98–184/98, *Pavlov ym*., k. 74 ja 75.

toiminnan todettiin kilpailevan sellaisten yksityisten toimijoiden kanssa, jotka tavoittelevat voittoa.[96] Esimerkiksi määräävän markkina-aseman väärinkäytön kiellon kannalta saattaa se, ettei yritys tavoittele voittoa, olla vahingollisempaa kuin jos se sitä tavoittelisi.

Pavlov ym. -ratkaisussa oli kyseessä ammatinharjoittajien perustama eläkekassa, jonka tarkoituksena oli lisäeläkejärjestelmän hallinnoiminen. Tuomioistuin katsoi, että tällaisen eläkekassan käyttöön ottaminen oli 2 artiklan mukaista taloudellista toimintaa. Tuomioistuin perusti ratkaisunsa myös 3 artiklan 1 kohdan g alakohtaan, jonka mukaan perustamissopimuksen tarkoituksena on taata vääristymätön kilpailu sisämarkkinoilla.[97]

Tapauksessa oli vedottu siihen, *ettei* eläkekassa *tavoitellut voittoa* ja se toimi *yhteisvastuun* periaatteen mukaisesti, joten se ei ollut perustamissopimuksen tarkoittama yritys. Tuomioistuin torjui nämä perustelut viitaten aikaisempaan oikeuskäytäntöönsä. Sosiaalisen päämäärän tavoitteleminen, sekä se, ettei tarkoituksena ollut voiton tavoittelu, yhteisvastuuta ilmentävät ominaispiirteet tai muut säännöt, jotka koskivat mm. järjestelmän hallinnoinnista vastaavalle laitokselle sijoitustoiminnan osalta asetettuja rajoituksia, eivät olleet seikkoja, joiden vuoksi olisi pitänyt katsoa, että järjestelmää hallinnoivan laitoksen toiminta ei ollut taloudellista toimintaa.[98] Tapauksessa todettu koski yrityksen käsitettä myös perustamissopimuksen 86 artiklan merkityksessä.

Ennakkoratkaisussa *Humbel* C-263/86 tuomioistuin totesi ensiksikin 60 (nykyisin 50) artiklan soveltamisessa olennaisen kysymyksen olevan palvelun *vastikkeellisuuden*. Vaikka vastikkeellisuuden käsitettä ei ole nimenomaisesti määritelty 59 (nykyisin 49) ja sitä seuraavissa artikloissa, sen ala on johdettavissa 60 (nykyisin 50) artiklan toisesta kappaleesta. Sen mukaan ”palveluihin” kuuluu erityisesti luonteeltaan teollinen tai kaupallinen toiminta sekä käsityöläistoiminta ja vapaiden ammattien harjoittamiseen liittyvä toiminta. Tuomioistuimen mukaan palvelun maksullisuutta arvioitaessa on olennaista, että on olemassa normaalisti *sopimus* palvelun tarjoajan ja vastaanottajan välillä. Tämän piirteen tuomioistuin katsoi puuttuvan kansallisen koulutusjärjestelmän ollessa kyseessä.[99]

Myös ennakkoratkaisussa *Wirth* C-109/92 yhteisöjen tuomioistuin otti kantaa siihen, milloin on kyseessä palvelun suorittaminen maksua vastaan, jolloin se kuuluu 49 artiklan palvelujen tarjontaa koskevan vapausoikeuden soveltamisen piiriin. Tuomioistuimen mukaan ylempää koulutusta koskeva kurssi, jonka rahoitus perustui pohjimmiltaan julkiseen rahoitukseen, ei muodostanut

---

[96] Asia C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze*, k. 123.
[97] *Pavlov ym*. k. 63.
[98] *Pavlov ym*. k. 110. Ratkaisussa viitattiin asian C-244/94, *Fédération française des sociétés d’assurance (FFSA) ym*, 14 kohtaan.
[99] Asia C-263/86, *Humbel*, k. 15–16.

palvelua 60 (nykyisin 50) artiklan merkityksessä. Sitä vastoin vastaavat kurssit, joilla tavoitellaan taloudellista voittoa ja jotka olennaisesti perustuvat yksityiseen, erityisesti oppilaiden tai heidän vanhempiensa rahoitukseen, ovat palveluja edellä mainitun artiklan merkityksessä.[100]

Kuitenkaan palvelun vastaanottajan ei tarvitse maksaa itse palvelua, jotta se kuuluisi 49 artiklan vapausoikeuden soveltamisalaan. Tämä ilmenee ennakkoratkaisusta *Bond van Adverteerders* C-352/85. Tapauksessa oli kyse artiklan 60 (nykyisin 50) mukaisesta vastikkeellisesta suorituksesta, vaikka palvelua ei maksanutkaan sen vastaanottaja.

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan korvauksen olennainen piirre on se, että se on vastike kyseessä olevista palveluista. Tällainen korvauksen piirre puuttuu toiminnasta, jonka valtio tai siltä tehtävän toimeksi saanut suorittaa vastikkeetta sille kuuluvien velvoitteiden yhteydessä sosiaali-, kulttuuri-, koulutus- ja lainkäytön aloilla esimerkiksi tarjotessaan kursseja kansallisen koulutusjärjestelmän piirissä tai hoitaessaan sosiaaliturvajärjestelmää. Tällöin ei harjoiteta taloudellista toimintaa.[101]

Valtio voi toimia sekä viranomaisominaisuudessaan tai harjoittaa luonteeltaan teollista tai kaupallista taloudellista toimintaa tarjoamalla tavaroita ja palveluja markkinoilla. Toimiessaan viranomaisen roolissa valtio tai alueellinen tai paikallinen julkisoikeudellinen viranomainen ei voi olla koskaan yritys.[102]

Ennakkoratkaisussa *Eurocontrol* C-364/92 yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että kokonaisuudessaan tarkasteltuna kyseessä olevan kansainvälisen järjestön toiminta on luonteeltaan, tavoitteeltaan sekä siihen sovellettavilta säännöiltään sellaisten ilmatilan valvontaan ja ohjaukseen liittyvien toimivaltuuksien käyttöä, jotka ovat tyypillisiä julkiselle vallalle. Toiminta ei ole sillä tavalla luonteeltaan taloudellista, että siihen voitaisiin soveltaa perustamissopimuksen kilpailusääntöjä. Valtio voi toteuttaa toisaalta julkisen vallan tehtävää myös kontrolloimansa julkisen yhtiön kautta.[103]

---

[100] Asia C-109/92, *Wirth*, k. 19.

[101] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella muodostettu tulkinta ilmenee myös ns. palveludirektiivin johdanto-osasta k. 34. Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi palveluista sisämarkkinoilla, Parlamentin toinen käsittely 15.11.2006.

[102] Ks. *Whish*, 2003, s. 187–190 ja asia C-118/85, *Commission v. Italy*, k. 7. Ennakkoratkaisu koski Italian tupakkamonopolia ja siinä oli sovellettavana komission avoimuusdirektiivi 80/723.

[103] Asia C-364/92, *SAT v. Eurocontrol*. k. 18–30 (ilmatilan ohjaus) ja asia C-343/95, *Diego v. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, k. 25.

Ks. myös. asia C-30/87, *Bodson*, (päätöksen sisältöä ei ole numeroitu). Perustamissopimuksen 85 (nykyisin 81) artiklaa sovelletaan sen sanamuodon mukaan yritysten välisiin sopimuksiin, mutta ei sopimuksiin toimiluvista, jotka tehdään *viranomaisominaisuudessa* toimivien kuntien ja julkisesta palveluvelvoitteesta vastaavien yritysten välillä.

Asia C-343/95, *Diego v. Servizi ecologici porto di Genova SpA*, (sataman saastumista estävä valvonta) k. 16 ja 25. Tapauksessa ei voitu soveltaa perustamissopimuksen 86 (nykyisin 82) artik-

Kilpailuoikeudellisesti yrityksen käsitteeseen on tehtävä myös täsmennyksiä siinä mielessä, että edellä mainitun artiklan mielessä ”yrityksenä” voidaan pitää myös tavallista fyysistä henkilöä, milloin tämä toimii kaupallisissa suhteissa esimerkiksi keksijänä tai taiteilijana patentti- tai tekijänoikeussuhteissa alan yrityksiin.[104]

Perustamissopimus ei tunne myöskään käsitettä julkinen yritys siten, että sen sisällölliset vaatimukset olisi määritelty.[105] Erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY mukaisia hankintayksiköitä ovat 2 artiklan 2 kohdan a alakohdan mukaan myös julkiset yritykset, jos ne harjoittavat jotain kyseisen direktiivin 3–7 artiklassa tarkoitettua toimintoa eli esimerkiksi sähkön toimitusta sähköverkkoihin. Julkinen yritys kuvaa jossain määrin huonosti käsitettä, sillä kyseessä on pikemminkin valtioon läheisessä suhteessa oleva (*state-related undertaking*) yritys.[106] Kuten yhteisöjen tuomioistuin on todennut jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta annettua direktiiviä 80/723/ETY koskeneessa tapauksessa, se johtuu ilmeisestikin niiden laajasta kirjosta eri jäsenmaissa ja siitä johtuvasta vaikeudesta kaiken kattavaan määrittelyyn.[107]

Mikäli toiminta liittyy jäsenvaltion lainsäädännössä määritellyillä ehdoilla kansallisen sosiaaliturvajärjestelmän ylläpitämiseen, ei järjestelmään kuulumisen edellytys, jonka mukaan voittoa ei saa tavoitella, ole yhteisöjen tuomioistuimen asiassa *Sodemare* C-70/95 tekemän ratkaisun mukaan vastoin sijoittautumisvapautta koskevaa 43 artiklaa ja yhtiömääritelmän sisältävää 48 artiklaa.[108] Ennakkoratkaisun mukaan myös järjestelmään hyväksytyt voittoa tavoittelemattomat palveluntuottajat olivat lähtökohtaisesti taloudellisia toimijoita, vaikka tätä kysymystä ei ollut erikseen tarpeen todeta.[109] Kyseisen ennakkoratkaisun perusteella sijoittautumista ja vastaavilla edellytyksillä palvelujen tarjonnan vapautta koskevien lukujen määräykset eivät olisi esteenä, jos vain voittoa tavoitte-

---

laa, koska kyseessä oli tilanne, jossa jäsenvaltio toimi käyttämällä julkista valtaa, eikä se harjoittanut luonteeltaan teollista tai kaupallista taloudellista toimintaa, jossa tarjotaan tuotteita tai palveluja markkinoille.

[104] Ks. *Joutsamo ym.,* 2000, s. 517.

[105] Ks. julkisen yrityksen käsitteestä myös *Kalliomaa-Puha*, 1992, s. 27–29.

[106] Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 589 ss.

[107] Komission direktiivi 80/723/ETY, 25. päivänä kesäkuuta 1980, jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta, EYVL, 1980, L 195, s. 35. Direktiiviä on muutettu direktiiveillä 85/413/ETY, EYVL, 1985 L 229, s. 20 ja 93/84/ETY, EYVL, 1993, L 254, s. 16. Ks. *Blum – Logue,* 1996, s. 8.

[108] Ks. sijoittautumisvapautta koskeva asia C-70/95, *Sodemare*, k. 25, 27 ja 34.

[109] Ratkaisussa oli esillä myös perustamissopimuksen 3 artiklan 1 kohdan g alakohta. Tämän tarkoituksena on turvata sisämarkkinoiden vääristymätön kilpailu. Kilpailu *Sodemare*-ratkaisun tarkoittamassa tilanteessa tapahtui voittoa tavoittelemattomien yhteisöjen kesken.

lemattomat järjestöt toteuttaisivat sosiaaliturvajärjestelmään sisältyvät palvelut.[110]

4.3.3 Yrityksen toiminnan sosiaalipoliittinen ulottuvuus

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan palvelusuoritusten erityisellä luonteella ei ole merkitystä siinä mielessä, että se estäisi perustamissopimuksen perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien periaatteiden soveltamisen. Toimintaan liittyvät erityiset aatteelliset tekijät eivät estä sellaisenaan pitämästä toimintaa taloudellisena. Tätä osoittaa yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Steymann* C-196/87 esittämä kanta, jonka mukaan toiminta, jota uskontoon tai muuhun hengelliseen tai filosofiseen näkemykseen perustuvan yhdyskunnan jäsenet toteuttavat harjoittamansa kaupallisen toiminnan yhteydessä, ei estä pitämästä yhdyskunnan jäsenilleen antamia palveluja taloudellisena toimintana.[111] Jos siis yhdyskunnan harjoittama toiminta on taloudellista tai sen osan toiminta täyttää taloudellisen toiminnan tunnusmerkit, ei yhdyskunnan muutoin harjoittamalla aatteellisella tai uskonnollisella toiminnalla ole vaikutusta arviointiin.[112]

Palveluna pidetään myös sellaista toimintaa, jota eräissä jäsenmaissa saatetaan pitää sisällöltään moraalittomana esimerkiksi siksi, että se tarkoittaa ihmiselämän eli syntymättömän lapsen tuhoamista. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi ennakkoratkaisussa *The Society for Protection of Unborn Children* C-159/90, ettei sen tehtävänä ole omilla arvioillaan korvata niiden jäsenvaltioiden lainsäätäjän arviointia, joissa kyseessä olevia toimintoja pidetään laillisina.[113] Tuomioistuimen kanta merkitsee samalla myös sitä, että jäsenvaltion asiana on omista kulttuurisista, uskonnollisista ja moraalisista lähtökohdista määritellä kansallisesti sovellettavan yksilön suojan taso. Tason määrittely ei saa kuitenkaan louka-

---

[110] Tähän mahdollisuuteen on viitattu myös ns. palveludirektiivin johdanto-osassa, Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi palveluista sisämarkkinoilla, Parlamentin toinen käsittely 15.11.2006, k. 71.

[111] Asia C-196/87, *Steymann v. Staatsecretaris van Justitie,* k. 14. Periaate ilmeni epäsuorasti jo tuomioistuimen ennakkoratkaisusta asiassa C-33/74, *Van Binsbergen*. Perustamissopimuksen kanssa yhteensopimattomina ei kuitenkaan voida pitää palvelujen tarjoajaan kohdistettuja erityisvaatimuksia, jotka perustellaan sellaisten yleisellä edulla perusteltujen ammatillisten sääntöjen – erityisesti organisaatiota, pätevyyttä, ammattietiikkaa, valvontaa ja vastuuta koskevien sääntöjen – soveltamisella, jotka koskevat kaikkia sen valtion alueelle sijoittautuneita henkilöitä, jossa palvelu tarjotaan, siltä osin kuin palvelujen tarjoaja välttäisi näiden sääntöjen vaikutuksen sijoittautumalla toiseen jäsenvaltioon. Ks. tuomion k. 12.

[112] Asia C-279/80, *Webb*, k. 10, missä oli kyse työnvälitystoiminnasta ja asia C-158/96, *Kohll*, k. 20, missä kyse oli hammaskirurgisen toimenpiteen tekemisestä toisessa jäsenmaassa ilman ennakkolupaa.

[113] Asia C-159/90, *The Society for Protection of Unborn Shildren vs. Stephen Grogan ym.,* k. 20.

ta ihmisoikeussopimuksessa sovittuja periaatteita, joiden toteutumista myös yhteisöjen tuomioistuin valvoo ennakkoratkaisukäytännössään.

Tuomioistuin totesi *Smits ja Peerbooms* C-157/99 -ratkaisussa, ettei tiettyjen palvelusuoritusten erityinen luonne voi estää vapaan liikkuvuuden periaatteen soveltamista niihin. Se, että kansallinen lainsäädäntö, joka säätelee kyseessä ollutta toimintaa, kuuluu sosiaaliturvan alaan, ei estä soveltamasta siihen perustamissopimuksen 49 artiklaa. Peruste, ettei järjestelmä tavoitellut voittoa, ei ollut merkityksellinen, koska joka tapauksessa asiakas osti esillä olleen palvelun toisen maan sairaalalta.

Tässä tapauksessa maksut – vaikkakin kiinteämääräiset –, jotka sairausvakuutuskassat suorittivat kansallisella lailla järjestetyn sopimusjärjestelmän puitteissa, olivat sairaalalaitosten suorituksista maksettavia taloudellisia vastikkeita. Näin ollen niitä oli epäilemättä pidettävä sairaalan saamina korvauksina, koska sairaala harjoittaa tämänkaltaista taloudellista toimintaa. Tuomioistuin ei kiinnittänyt erikseen huomiota siihen, oliko kyseessä ollut toisen jäsenvaltion järjestelmä voittoa tavoitteleva.[114]

Toiminnan sosiaalipoliittinen sisältö yrityksen käsitteen yhteydessä oli esillä ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisussa *FENIN* T-319/99. Tapauksessa oli kyse 81 artiklan 1 kohdan ja määräävää markkina-asemaa koskevan 82 artiklan sovellettavuudesta Espanjan kansalliseen terveydenhuoltojärjestelmään, joka muodostui 26:sta julkisen vallan yksiköstä mukaan lukien kolme ministeriötä. Nämä yhdessä muodostivat sairaalalaitoksen, joka osti yksityisiltä yrityksiltä sairaala-alan tuotteita. Kysymys oli siitä, olivatko ne julkisia yrityksiä. Tuomioistuin viittasi perusteluissaan yhteisöjen tuomioistuimen aikaisempaan oikeuskäytäntöön, jonka mukaan yrityksen käsitteeseen kuuluvat yhteisön kilpailuoikeudessa kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Taloudellista toimintaa on tältä osin kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla, mutta ei pelkkä ostaminen. [115]

Ennakkoratkaisussa *AOK-Bundesverband* C-264/01 on käsitelty taloudellisen ja sosiaalisen tavoitteen yhteyttä. Asia koski Saksan lakisääteistä sairausvakuutustoimintaa, jossa sairausvakuutuskassat toimivat yhteisvastuuperiaatteen mukaisesti. Rahoituksesta suurin osa perustui työntekijöiden ja työnantajien maksuihin. Tuomioistuin perusti ratkaisunsa osittain aikaisempaan oikeuskäytäntöönsä, jonka mukaan tietyillä laitoksilla on yksinomaan sosiaalinen päämäärä, jolloin ne eivät harjoita taloudellista toimintaa. Tällaisia ovat laitokset, joiden vastuulla on lakisääteinen sairausvakuutus ja vanhuuseläkejärjestelmien hallinnointi. Tämä koskee myös sairauskassoja, jotka ainoastaan

---

[114] Asia C-157/99, *Smits ja Peerbooms*, k. 53–55 ja 58.

[115] Asia T-319/99, *FENIN*, k. 35–40. *FENIN*-tapauksessa väitettiin myös, että ainakin yksittäistapauksissa sairaalat tarjoavat maksullisia palveluja myös järjestelmään kuulumattomille henkilöille ja erityisesti ulkomaalaisille matkailijoille, jolloin kyseiset yksiköt toimivat yrityksinä. Prosessuaalisista syistä tuomioistuin ei kuitenkaan ottanut kyseiseen väiteperusteeseen kantaa (k. 42–44).

soveltavat lainsäädäntöä ja joilla ei ole mitään mahdollisuutta vaikuttaa maksujen määrään, varojen käyttöön tai etuuksien määrittelyyn. Niiden kansallisen yhteisvastuun periaatteelle perustuvalla toiminnalla ei nimittäin lainkaan tavoitella voittoa ja suoritetut etuudet ovat maksujen suuruudesta riippumattomia lakisääteisiä etuuksia (yhdistetyt asiat C-159/91 ja C-160/91 *Poucet ja Pistre*).

Sitä vastoin muita elimiä, jotka hoitavat lakisääteisiä sosiaaliturvajärjestelmiä ja joilla on osa edellä mainituista ominaisuuksia, kuten voiton tavoittelun puuttuminen ja luonteeltaan sosiaalinen toiminta, on pidetty taloudellista toimintaa harjoittavina yrityksinä.[116] Sikäli kuin sairausvakuutuskassojen tehtävä on puhtaasti sosiaalinen, niitä ei ole pidettävä 81 ja 82 artiklojen tarkoittamina yrityksinä.[117]

Edellä yksityiskohtaisesti läpikäyty oikeuskäytäntö vahvistaa ja täsmentää sitä käsitystä, että yksin palvelun luonteella ei ole merkitystä arvioitaessa toimintaa perustamissopimukseen tarkoittamana taloudellisena toimintana. Vaikka palvelu toteuttaisikin jotain sosiaalipoliittista päämäärää, ei sillä sellaisenaan ole merkitystä arvioitaessa kyseistä palvelua taloudellisena toimintana. Perussääntö on, että taloudellisena toimintana pidetään kaikkea toimintaa, joka on vastikkeellista tavaroiden tai palvelujen tarjoamista, ja yrityksen käsite kattaa vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Yhteisvastuuseen perustuvat kansalliset järjestelmät voivat tehdä tästä perussäännöstä poikkeuksen tuomioistuimen oikeuskäytännössään määrittelemin edellytyksin.

4.4 KILPAILUNRAJOITUSLAIN TARKOITTAMA ELINKEINONHARJOITTAJA

Kilpailunrajoituslainlain 3 §:n 1 momentin mukaan elinkeinonharjoittajalla tarkoitetaan luonnollista tai oikeushenkilöä, joka ammattimaisesti pitää kaupan,

---

[116] Tuomioistuin viittasi myös ennakkoratkaisuun *Fédération française des sociétés d'assurance ym*. C-244/94, jossa eläkevakuutusjärjestelmää hoitava laitos harjoitti eläkevakuutusyhtiöiden kanssa kilpailevaa taloudellista toimintaa. Ks. k. 22.

[117] Ks. asia C-264/01, *AOK-Bundesverband*, k. 46, 49 ja 57. EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntöä pyrkii selkeyttämään edelleen myös komission tiedonanto [KOM (2000) 580 lopullinen] yleishyödyllisistä palveluista. Tiedonannosta ilmenee, ettei yhteisön kilpailu- ja sisämarkkinasääntöjä sovelleta moniin toimintamuotoihin, joita harjoittavat ensi sijassa sosiaalista tehtävää suorittavat organisaatiot, joiden tavoitteena ei ole harjoittaa teollista tai kaupallista toimintaa. Komissio ottaa huomioon myös sellaisten organisaatioiden, kuten hyväntekeväisyysjärjestöjen sekä avustusjärjestöjen, ei-taloudellisen toiminnan. Jos kyseinen organisaatio harjoittaa taloudellista toimintaa yleishyödyllistä tehtävää suorittaessaan, tähän taloudelliseen toimintaan sovelletaan yhteisön sääntöjä (tämän tiedonannon periaatteiden mukaisesti ja otetaan erityisesti huomioon se sosiaalinen ja kulttuurinen ympäristö, jossa toimintaa harjoitetaan).

ostaa tai myy tai muutoin vastiketta vastaan hankkii tai luovuttaa tavaroita tai palveluksia. Lain esitöiden mukaan elinkeinonharjoittajan käsite on tarkoitettu laajaksi (HE 162/1991 vp, s. 9). Esitöiden mukaan elinkeinonharjoittajana pidetään luonnollista tai yksityistä tai julkista oikeushenkilöä, joka harjoittaa ammattimaista, yleensä taloudelliseen tulokseen tähtäävää toimintaa.[118]

Kilpailunrajoituslain tarkoittaman elinkeinonharjoittajan käsite ratkeaa kyseistä lakia koskevien tulkintaperiaatteiden mukaisesti, eikä se siten ole identtinen esimerkiksi työ- tai vero-oikeuden määritelmien kanssa. Elinkeinonharjoittajan käsitteen on todettu kilpailunrajoituslain soveltamisessa olevan käytännössä sama kuin yrityksen käsite yhteisön oikeuden kilpailusääntöjen soveltamisessa. Kilpailunrajoituslailla on oma, kansallisiin kilpailuolosuhteisiimme ja elinkeinonelämän rakenteisiin sekä kilpailulainsäädännön kehitykseen sidoksissa oleva merkityksensä.[119]

Elinkeinotoiminnan tunnusmerkistön kannalta keskeisenä on pidetty laajaa tulkintaa: tulkinnanvaraisissa tapauksissa lähtökohtana on se, että toiminnan harjoittajaa pidetään elinkeinonharjoittajana. Yhtenä kulmakivenä elinkeinotoiminnan rajanvedossa on organisatorinen neutraliteetti. Elinkeinonharjoittajan juridisella muodolla ei ole kilpailunrajoituslain mukaan ratkaisevaa merkitystä, vaan lähtökohtana ovat kyseisessä laissa elinkeinotoiminnalle asetetut vaatimukset, kuten vastikkeellisuus ja ammattimaisuus. Ansiotarkoituksella tarkoitetaan sitä, että tavaroita tai palveluksia myydään vastiketta vastaan. Ansiotarkoituksen ohella on lähdetty siitä, että toiminta on jossain määrin laajaa ja suunnitelmallista.[120]

Vaikka elinkeinon harjoittamiseen liittyy pääsääntöisesti ansiotarkoitus, ei tätä ole kuitenkaan pidetty kilpailunrajoituslaissa täysin poikkeuksettomana elinkeinonharjoittamisen tunnusmerkkinä. Tämä käy ilmi kilpailunrajoituslakia edeltäneen lain (709/1987) samansisältöisen määritelmän perusteluista (HE 148/1987 vp). Elinkeinon harjoittaminen ei aina välttämättä edellytä toiminnan harjoittamista taloudellisen voiton saamiseksi itselleen tai toiselle.[121]

> Kilpailunrajoituslakia on sovellettu muun ohessa urheilun ympärille rakennettuun liiketoimintaan (kilpailuneuvoston päätös Dnro 3/359/92, 8.3.1993, KHO 30.8.1993, taltio 3053). Aatteellisuus ei sinänsä estänyt toiminnan katsomista ammattimaiseksi, vaan liiton toimintaa tarkasteltiin yhdessä sen toiminnan kanssa, jota se sääteli. Tämän toiminnan katsottiin saaneen varsin laajat mittasuhteet, se oli organisoitu liiketoiminnan tapaan ja siihen liittyi selvä taloudellinen riski. Kilpailuneuvosto katsoi, että toiminnan vastikkeellisuus, laajuus ja

---

[118] HE 162/1991 vp, s. 9.
[119] *Kuoppamäki*, 2000, s. 41.
[120] Ks. *Määttä*, 2006b, s. 1301 ja 1304.
[121] HE 148/1987 vp, s.16.

liiketoiminnallisuus huomioon ottaen koripallon SM-sarjatason otteluiden järjestämistä oli pidettävä kilpailunrajoituslaissa tarkoitettuna elinkeinotoimintana.[122]

Eräänä perusteluna organisatoriselle neutraliteetille on esitetty sitä, että muutoin avattaisiin portit mitä moninaisimmille kilpailunrajoituslain kiertämisjärjestelyille.[123] Siten myös viranomaisyksikkö, esimerkiksi kunta, voi olla kilpailunrajoituslaissa tarkoitettu elinkeinonharjoittaja, joka ammattimaisesti luovuttaa hyödykkeitä vastiketta vastaan. Tämä ilmenee itse lain sanamuodosta, ja se on vahvistettu myös oikeuskäytännössä. Yhtenä kulmakivenä elinkeinotoiminnan rajanvedossa on kilpailuneutraliteetin toteutuminen. Jos julkisyhteisön harjoittama toiminta kilpailee yksityisten yritysten harjoittaman toiminnan kanssa tai jos julkisyhteisö voi uskoa määrätyn toiminnan yksityiselle elinkeinonharjoittajalle, myös julkisyhteisön toiminta katsotaan elinkeinotoiminnaksi. Esimerkiksi sairaanhoitopiiriä on pidetty elinkeinonharjoittajana silloin, kun sen toiminta suuntautuu yksityisille markkinoille.[124]

Kilpailunrajoituslaki ei sen sijaan koske kunnan viranomaistoimintaa, jossa on kyse julkisen vallan käyttämisestä, koska kunta ei silloin ole tässä ominaisuudessaan lain 3 §:n mukainen elinkeinonharjoittaja.[125] Tulkintaongelmia voivat aiheuttaa tilanteet, joissa julkisyhteisö viranomaistehtäviensä ohella itse tarjoaa hyödykkeitä markkinoilla. Ratkaisu on tehtävä toiminnan sisällöllisen arvioinnin perusteella.[126] Kunnan viranomaisominaisuudessaan harjoittama toiminta ei siis ole elinkeinotoimintaa. Kilpailunrajoituslakia sovelletaan kunnan toimintaan vain siltä osin, kuin kyse on elinkeinotoiminnasta. Soveltaminen ei siis edellytä toiminnan yhtiöittämistä tai muodostamista liikelaitokseksi.[127] Julkisyhteisöjen

---

[122] Kilpailuneuvoston päätös Dnro 3/359/92, 8.3.1993, KHO 30.8.1993, taltio 3053.
[123] *Määttä*, 2006b, s. 1305.
[124] *Määttä*, 2006b, s. 1304.
[125] Edellä esitetyn tulkinnan mukainen oli myös kilpailuviraston Pyhäjärven kaupunkia koskeva päätös, kun virasto totesi, ettei *kuntaa voida pitää kilpailunrajoituslaissa tarkoitettuna elinkeinonharjoittajana sen hankkiessa tai tuottaessa sosiaalihuoltolaissa tarkoitettuja asumispalveluita.* Kunnan tuottaessa itse tai kuntalain määrittelemässä yhteistyössä toisen kunnan tai toisten kuntien kanssa sosiaali- ja terveyspalveluita sitä velvoittavaan sosiaalilainsäädäntöön perustuen, toimintaan ei sovelleta kilpailunrajoituslain määräyksiä. Näin ollen kunnan *erityislainsäädännön perusteella itse suorittamat tehtävät* eivät kuulu kilpailunrajoituslain piiriin. Kilpailuviraston ratkaisu 25.7.2000, Dnro 1061/68/98.
[126] Ks. KHO 11.1.2002, taltio 54: Ratkaisusta ilmeni toisaalta se, ettei kunnan omassa organisaatiossa tapahtuvaan toimintaan sovelleta kilpailunrajoituslakia ja toisaalta se, että mainittua lakia sovelletaan, mikäli kysymys on kunnan harjoittamasta elinkeinotoiminnasta. Ratkaisussa oli kyse liikuntalain (984/1979) soveltamisesta.
[127] Ks. *Kuoppamäki*, 2000, s. 42.

toimintaan liittyvät aatteelliset, sosiaaliset tai poliittiset päämäärät eivät lähtökohtaisesti estä kilpailunrajoituslain soveltamista.[128]

Kunnan toiminnan tulisi sinänsä perustua yhteiskuntajärjestyksessämme hallinnon toissijaisuuteen. On lähdetty siitä, että julkinen valta ottaa huolehdittavakseen tehtävistä vain sitä mukaa ja siinä määrin kuin yleisen edun on katsottava vaativan. Tämän periaatteen mukaisesti kunnat eivät voisi yleensä laajentaa toimintaansa aloille, jotka perinteisesti ovat kuuluneet ns. yksityiselle sektorille, ellei syystä tai toisesta ole katsottava, ettei yksityinen sektori pysty tyydyttävästi ja yleisen edun riittävästi huomioon ottaen tehtävistä huolehtimaan.[129]

Kilpailunrajoituslain periaatteet eivät merkittävästi poikkea Euroopan yhteisön kilpailulainsäädännöstä, minkä on varmistanut Suomen liittyminen osaksi yhteisöä ja sen seurauksena olevat velvoitteet kansallisen lainsäädännön yhdenmukaistamisesta yhteisön lain kanssa.[130] Tätä käsitystä on *Lindberg* vastikään julkaisemassaan tutkielmassa perustellusti tarkentanut yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella siten, ettei ammattimaisuus tai vastikkeellisuus olisi kilpailunrajoituslain tapaan elinkeinonharjoittajan käsitteen kannalta ratkaiseva.[131]

Alakohtainen erityissääntely voi joissain tilanteissa syrjäyttää kilpailunrajoituslain (yleislain) säännökset, sikäli kuin yrityksen toiminta tietyn seikan osalta on säännelty erityislainsäädännöllä.[132] Alakohtainen erityissääntely syrjäyttää kilpailunrajoituslain vain silloin, kun erityislaissa on nimenomainen poikkeus, joka suoraan sääntelee tietyn asiantilan kilpailunrajoituslaista poikkeavalla tavalla. Poikkeuksia tulee tulkita kuitenkin suppeasti. Näin ollen se seikka, että kyse on säännellystä toimialasta, ei poista kilpailunrajoituslain soveltumista. Kilpailuneuvosto totesi tämän Kokkolan kaupungin pesulatoimintaa koskeneessa ratkaisussaan.[133]

---

[128] Ks. *Aalto-Setälä ym.*, 2001, s. 31. Tämä ilmeni myös edellä olevassa viitekohdassa todetusta KHO:n ratkaisusta 11.1.2002, taltio 54.

[129] Ks. yleisen toimialan sääntelystä *Hannus – Hallberg*, 2000, s. 81–86.

[130] *Kuoppamäki*, 2000, s. 39.

[131] *Lindberg*, 2006, s. 45.

[132] Kilpailuneuvoston päätös 2.11.1998, Dnro 6/359/98. Kaupungin järjestämä pesulatoiminta oli luonteeltaan suojatyötoimintaa, joka ei voinut kilpailla tavanomaisten yritysten kanssa ilman julkista tukea. Kilpailuneuvosto katsoi, että julkisen tuen myöntäminen liittyi sosiaalisen toiminnan luonteeseen ja lähtökohtiin, eikä siihen voitu soveltaa kilpailunrajoituslain periaatteita. Tässä tapauksessa invalidihuoltolaki (907/1946) katsottiin sellaiseksi erityislaiksi, joka esti kilpailunrajoituslain soveltamisen.

[133] *Kuoppamäki*, 2000, s. 44.

4.5 SISÄMARKKINA- JA KILPAILUSÄÄNNÖT SEKÄ SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖT

Järjestöt ovat toteuttaneet sosiaaliturvaan kuuluvia palveluja palveluntuottajan roolissa, joka perustuu niiden järjestämisestä vastuussa olevan tahon, kunnan, kanssa tehtyyn sopimukseen. Järjestöjen tehtävänä ei Suomen oikeusjärjestyksen mukaan ole vastata sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyvästä sosiaaliturvasta. Kunnan sosiaalisen perusoikeuden turvaamisvastuun johdosta ei ole kuitenkaan periaatteessa eikä käytännössä mahdollista se, että järjestöt tuottaisivat palveluja ilman minkäänlaista sopimusta. Mahdollista ei ole sekään, ettei mikään taho korvaisi palvelujen tuottamisen aiheuttamia kustannuksia.

Edellä esillä olleiden ennakkoratkaisujen perusteella on tehtävissä se johtopäätös, että järjestöjen tuottaessa joko kunnalle tai kotitalouksille sopimukseen perustuen ja maksua vastaan sosiaali- ja terveyspalveluja, on kyse aina perustamissopimuksen tarkoittamasta taloudellisesta toiminnasta, jota yhteisön perustamissopimuksen sisämarkkina- ja kilpailusäännöt sääntelevät. Ratkaisevaa merkitystä ei ole sillä, että toiminnalla ei tavoitella voittoa. Mikäli järjestö tuottaisi samat palvelut asemassa, jossa kunta toimii viranomaisena, kyse ei olisi perustamissopimuksen tarkoittamista palveluista. Järjestö toteuttaisi silloin sille lainsäädännössä annettua määrätehtävää.

Kilpailusäännöillä on välillinen yhteys sisämarkkinasääntöihin sikäli, että kilpailusääntöjen vastaisella toiminnalla on useimmiten myös jäsenvaltioiden välistä kauppaa estävä vaikutus, toisin sanoen tällainen toiminta on omiaan estämään sisämarkkinatavoitteiden toteutumisen. Euroopan yhteisön sisämarkkina- ja kilpailusääntöjen soveltamisen edellytyksenä on kuitenkin se, että kansallisilla, kyseisten artikloiden soveltamisalaan kuuluvilla toimenpiteillä on jäsenvaltioiden rajat ylittävää merkitystä. Sosiaali- ja terveyspalveluissa tällaista merkitystä on toistaiseksi ollut varsin vähän.

Palvelun erityisellä luonteella ei ole merkitystä, eikä se toiminta on voittoa tavoittelematonta, sulje pois kilpailu- ja sisämarkkinasääntöjen sovellettavuutta. Järjestön voittoa tavoittelemattomalla toiminnalla tarkoitetaan sitä, ettei tarkoituksena ole tuottaa siihen osallisille voittoa ja jos voittoa syntyy, se palautuu takaisin yleishyödylliseen toimintaan. Tulkinnan lähtökohtana yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan on, että sikäli kuin järjestö harjoittaa sosiaali- ja terveyspalvelujen vastikkeellista tuottamista siten, on kyse perustamissopimuksen 49–50 artiklan tarkoittamasta palvelusta. Vastikkeen suorittaja voi olla julkisyhteisö tai kuluttaja-asiakas itse osittain tai hänen puolestaan vakuutusjärjestelmä.

Sosiaali- ja terveysjärjestöjen toiminta ei kuitenkaan kaikissa tapauksissa kuulu sisämarkkinasääntöjen taikka yhteisön tai kansallisten kilpailusääntöjen piiriin. Järjestöjen toiminnan sisältö on edellä käytännön järjestötoiminnan kuvauk-

sen yhteydessä määritellyllä tavalla 1) edunvalvontatoimintaa, 2) tukihenkilö- ja vapaaehtoistoimintaa, 3) kokeilu- ja kehittämistoimintaa ja 4) palvelujen tuottamista.[134] Tämän perusjäsennyksen puitteissa käytännön järjestötoiminnan sisältö on varsin moninaista ja toimintaa on tarkasteltava tapauskohtaisesti siinä mielessä, harjoittaako kulloinkin kyseessä oleva järjestö yhteisön tai yhteisön oikeuden tarkoittamaa taloudellista toimintaa tai kansallisessa mielessä elinkeinotoimintaa.[135] Toiminnan yksityiskohtaista erittelyä edellytti myös komissio tiedonannossaan (KOM(2000) 580 lopullinen, s. 3).

Sosiaali- ja terveysjärjestö ei ole elinkeinonharjoittaja tai yritys kilpailusääntöjen merkityksessä silloin, kun järjestön toiminnan sisältö ei ole luonteeltaan taloudellista. Taloudellista eivät ole varsinainen järjestötoiminta (edellä 1) ja vastikkeeton tukihenkilö- ja vapaaehtoistoiminta (2). Niitä ei voida yhteisön tuomioistuimen tulkintakäytännön valossa ylipäätään käsitellä perustamissopimuksen 50 artiklan mukaisina ”palveluina”, joista ”tavallisesti maksetaan korvaus”. Korvausta niistä ei makseta saajan eikä muunkaan tahon toimesta. Kysymys ei ole edellä todetun artiklan tarkoittamasta, luonteeltaan teollisesta tai kaupallisesta toiminnasta.[136]

Kokeilu- ja kehittämistoiminta (3) ei itsessään ole kilpailusääntöjen mukaista toimintaa, ellei sellaista tuoteta maksua vastaan kolmannen osapuolen tilauksesta. Kun kehitys kohdistuu järjestön ei-taloudellisen toiminnan kehittämiseen, ei synny vastikkeellista palvelun tuottamista. Sen sijaan kehitystulosten kaupallinen hyödyntäminen voi johtaa vastikkeelliseen toimintaan, jos niitä myydään sellaisenaan tai hyödynnetään myöhemmin kaupallisesti osana myytävää palvelua. Kilpailunrajoituslaki ja vastaavat perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklat sekä sisämarkkinasäännöt tulevat sovellettavaksi järjestön harjoittamaan palvelutoimintaan (4).

Toistaiseksi Euroopan yhteisön perustamissopimusta läpikäytäessä ei ole tarkasteltu tämän tutkimuksen tavoitteen kannalta merkityksellistä 86 artiklaa. Se

---

[134] Ks. edellä osa II, luku 1.

[135] Kilpailulainsäädännön soveltamisesta yleishyödyllisiin järjestöihin *Myllymäki*, 2003, s. 62–65.

[136] Kilpailuviraston lausuntopyyntö 4.12.2000, Dnro 216/61/2000, s. 5. Kilpailuviraston näkemys sosiaali- ja terveyspalveluja tuottavista järjestöistä vastaa edellä esitettyä. Virasto on pitänyt sosiaali- ja muita hyvinvointipalveluja tarjoavia yhteisöjä kilpailunrajoituslain tarkoittamina elinkeinonharjoittajina siltä osin kuin niiden toiminta on luonteeltaan taloudellista ja markkinaehtoista. Elinkeinotoiminnan osuus voi vaihdella yhdistysten ja säätiöiden toiminnassa. Liiketoiminnaksi katsottavalta osin raha-automaattiavustuksia saavien yleishyödyllisten yhdistysten ja säätiöiden toimintaa voidaan siten kilpailuviraston mielestä arvioida kilpailunrajoituslain perusteella.

Kilpailuvirasto katsoi, ettei Raha-automaattiyhdistys avustuksia myöntäessään harjoita kilpailurajoituslain tarkoittamaa elinkeinotoimintaa. Lausunto on perusteiltaan epätäsmällinen sikäli, ettei Raha-automaattiyhdistys ole avustusten myöntäjä, vaan päätöksen asiasta tekee avustuslain (1056/01) mukaan sosiaali- ja terveysministeriön esittelystä valtioneuvosto.

koskee valtioon läheisessä suhteessa olevia yrityksiä. Artiklan 2 kohta sisältää mahdollisuuden myöntää artiklan tarkoittamalle julkiselle yritykselle erityis- ja yksinoikeus yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän julkisen palvelutehtävän suorittamiseksi. Palvelutehtävään liittyy yleensä myös julkisen rahoituksen antaminen. Tämän tutkimuksen myöhemmässä vaiheessa tarkastellaan yksityiskohtaisesti sitä mahdollisuutta, että sosiaali- ja terveysjärjestölle uskottaisiin edellä mainitun artiklan tarkoittamalla tavalla julkisen palvelun tehtävä. Samassa yhteydessä tarkastelun kohteeksi tulevat myös yhteisön valtiontukisäännöt.

4.6 MARKKINOIDEN OIKEUDELLINEN MÄÄRITTELY

4.6.1 Toimiva ja terve kilpailu

Hankintalain 2 §:n 1 momentin mukaan julkisissa hankinnoissa on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet. Kun kunta järjestää sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan kilpailutuksen, sen onnistumisen perusedellytyksenä ovat kilpailuun perustuvat markkinat. Muutoin kunnan järjestämisvastuulla olevasta palvelusta ei synny tarjoajien kesken kilpailua. Toimivat markkinat muodostavatkin markkinatalouden välttämättömän reunaehdon. Ilman toimivaa kilpailua sopimusvapaus ja elinkeinovapaus menettävät todellisen merkityksensä. Sopimusvapauden taustalla on ajatus vallan tasapainosta osapuolten välillä, jonka seurauksena kummallakin on hyvät edellytykset päättää sopimuksesta sillä perusteella, mikä arvioidaan edulliseksi.[137]

Kilpailun aseman taloudessa määrittää se talousjärjestelmä, jonka puitteissa päätetään, miten yhteiskunnassa järjestetään tuotanto ja vaihdanta. Taloudellisten ilmiöiden ja erityisesti kilpailumekanismin ymmärtäminen on keskeistä kilpailuoikeudessa.[138] Neoklassisen näkemyksen mukaan yksilöt kykenevät käytössään olevan informaation perusteella ainakin tyydyttävästi arvioimaan taloudellista rationaliteettia ja jopa suosimaan taloudellisen hyödyn maksimointia omassa käyttäytymisessään.[139] Taloustieteen näkökulmasta markkinat ovat paikka, jossa kysyntä ja tarjonta kohtaavat. Markkinapaikka voi olla fyysisesti olemassa silloin, kun ihmiset ja yritykset ostavat ja myyvät tavaroita tai palveluksia eli tuotannontekijöitä. Se voi muodostua myös tietoteknisen järjestelmän avulla. Markkinoiden tehtävänä on tasapainottaa kysyntä ja tarjonta. Puhutaan kysyn-

---

137 Ks. *Kuoppamäki*, 2003, s. 45.
138 *Ojala*, 2005, s. 10 ss.
139 Ks. *Kanniainen – Määttä,* 1998, s. 17.

nän ja tarjonnan laista, millä ymmärretään kysynnän ja tarjonnan vuorovaikutusta. Näitä tasapainottaa hinta.[140]

Taloudellinen kilpailu ja sen tarpeellisuus eivät ole luonteeltaan pelkästään taloustieteellinen, vaan myös juridinen, suorastaan perustuslaillinen ongelma, kuten *Kuoppamäki* ilmaisee asian.[141] Tarkasteltaessa kilpailulainsäädännön merkitystä ja asemaa oikeusjärjestelmässä kiinnostuksen kohteena on nimenomaan jälkimmäinen näkökulma.[142]

Täydellisten markkinoiden luominen on Euroopan yhteisön ja yhteisön oikeuden keskeinen tavoite. Yhteisön kilpailuoikeuden tavoitteet määräytyvät yhtäältä perustamissopimuksen 2 artiklaan yhteisön päämäärää kuvaavien ja samassa artiklassa mainittujen tavoitteiden toteuttamiseksi 3 artiklaan sisältyvien yleisten tavoitelausumien perusteella. Toisaalta tulkinta-apuna usein vedotaan Euroopan yhteisön komission kilpailupolitiikan tavoitteita koskeviin lausumiin ja yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin.[143] Yritysten kotimarkkinana olisi tällöin koko Euroopan yhteisön alue, eikä vain yrityksen sijaintimaa.[144]

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksen 3 ja 85 (nykyisin 81) artiklassa tarkoitettu vääristymätön kilpailu edellyttää toimivan kilpailun (*workable competition*) olemassaoloa markkinoilla. Tämä merkitsee tarpeeksi korkeaa kilpailuastetta, jotta perustamissopimuksella asetettuja perustavanlaatuisia vaatimuksia noudatettaisiin ja sen tavoitteet, ja erityisesti tavoite muodostaa olosuhteiltaan sisämarkkinoiden kaltaiset yhteismarkkinat, saavutettaisiin. Tässä vaatimuksessa otetaan huomioon se, että kilpailun luonne ja intensiteetti voivat vaihdella kyseessä olevien tuotteiden tai palveluiden sekä kyseessä olevien alakohtaisten markkinoiden taloudellisen rakenteen mukaan.[145] Yhteisön oikeus ei edellytä siten täydellisen kilpailun olemassaoloa.[146]

---

[140] Ks. *Ylä-Liedenpohja*, 1995, s. 28. Södergård on selvittänyt sosiaali- ja terveysalan kilpailudynamiikkaa *Porterin* mallin pohjalta. Se sisältää olennaisina toimijoina ostajat, toimittajat ja potentiaaliset markkinoille tulijat ja toimialalla jo olevat kilpailijat sekä dynamiikan muodostavina tekijöinä yritysten välisen kilpailun, toimittajien ja ostajien neuvotteluvoiman sekä tulokkaiden uhkan. Ks. *Södergård*, 1998, s. 30.

[141] Markkinamekanismista on löydettävissä peruskuvaukset asiaa käsittelevistä yleisteoksista, esimerkiksi *Pekkarinen – Sutela*, 2001, s. 57 ja ss.

[142] *Kuoppamäki*, 2003, s. 11. Kuoppamäen viittaus perustuslakiin tarkoittanee sitä, että perustuslaki antaa perustan mm. omistusoikeudelle ja elinkeinonharjoittamisen oikeudelle.

[143] *Kuoppamäki*, 2003, s. 56.

[144] *Kuoppamäki*, 2003, s. 57. Kuoppamäki on kuvannut väitöskirjassaan perusteellisesti kaikkien näiden tavoitteiden toteutumisen edellytyksiä. Ks. s. 58–62.

[145] Asia C-26/76, *Metro v. komissio*, tiivistelmän k. 4.

[146] Täydellisen kilpailun malli perustuu joukolle teoreettisia oletuksia, jotka rajoittavat mallin vastaavuutta todellisten markkinoiden kanssa. Mallissa oletetaan, että 1) markkinoilla on suuri määrä pieniä ostajia ja myyjiä, 2) myytävä tuote on kaikilla myyjillä homogeeninen, 3) kaikki markkinoilla toimivat yritykset ja kuluttajat toimivat täysin rationaalisesti pyrkien oman voittonsa maksimointiin, 4) kaikilla osapuolilla on täydellinen tietämys markkinoista (markkinoiden läpinäky-

Euroopan yhteisön kilpailuoikeuden keskeisinä tavoitteina komissio ja tuomioistuin ovat maininneet neljä seikkaa:

1) ”toimivan kilpailun” aikaansaaminen Euroopan yhteisön alueella,
2) täydellisten sisämarkkinoiden aikaansaaminen,
3) eurooppalaisten yritysten kansainvälisen kilpailukyvyn vahvistaminen ja
4) pienten ja keskisuurten yritysten aseman vahvistaminen.[147]

Markkinoiksi nähdään edellä koko yhteisön alue. *Kuoppamäki* on komission 9. kilpailupolitiikkaa koskevan kertomuksen (1979) perustella ryhmitellyt samat tavoitteet

1) markkinoiden avoimuudeksi,
2) kilpailullisen markkinarakenteen ja
3) kilpailun reiluuden ylläpitämiseksi.

Euroopan yhteisön kilpailuoikeuden tavoitteiden asettaminen on perinteisesti levännyt Euroopan yhteisön integraation edistämisen varassa. Euroopan kilpailuoikeuden on edistettävä yhteismarkkinoiden luomista. Markkinoiden avaaminen ja niiden pitäminen avoimina onkin osa luontevaa kilpailupolitiikkaa. Euroopan yhteisön kilpailuoikeudella puututaan erityisesti sellaisiin kilpailunrajoituksiin, joiden seurauksena tavaroiden, palvelujen ja muiden hyödykkeiden liikkuminen jäsenvaltioiden välillä estyy. Toiseksi kilpailupolitiikalla voidaan edistää jäsenvaltioiden välisen kaupan lisääntymistä ja markkinoiden yhteen kasvamista.[148]

Kilpailunrajoituslain tavoitteena on lain 1 §:n mukaan *terveen* ja *toimivan* taloudellisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta. *Terveen kilpailun* tunnusmerkkejä kuvattiin komiteamietinnössä siten, että

> ”*ilmauksella terve kilpailu viitataan kahteen näkökohtaan. Yhtäältä lain suojaaman taloudellisen kilpailun tulee olla tervettä nimenomaan talouselämän dynaamisen ja staattisen tehokkuuden kannalta. Näin ollen laki suojaa toi-*

---

vyys), 5) markkinoille pääsy ja niiltä poistuminen on täysin esteetöntä, ja 6) markkinat sopeutuvat muutoksiin ilman aikaviivettä. Täydellisen kilpailun vallitessa saavutetaan seuraavat markkinatulokset: 1) kuluttajat voivat maksimoida hyötynsä, koska tarjonta muodostuu kuluttajan mieltymysten mukaiseksi, 2) yritykset voivat maksimoida tehokkuutensa, koska on toimittava hintatason kilpailullisuudesta johtuen mahdollisimman pienin kustannuksin, 3) käytettävissä olevat tuotannontekijät allokoituvat optimaaliseen käyttöön, 4) tuotannontekijöistä maksetaan kompensaatiota niiden kulloisenkin tuottavuuden perusteella (rajatuottavuus), mikä estää saatavuusongelmiin perustuvan palkkojen tai yritysten voittojen kasvattamisen, ja 5) tulonjako perustuu suoritusperiaatteeseen, jolloin jokainen saa omaa panostaan vastaavan korvauksen. Ks. *Kuoppamäki*, 2003, s. 131 ss. Täydellisestä kilpailusta myös *Alkio – Wik*, 2004,s. 44.

147 Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 513.

148 Ibid.

minta- eli suorituskilpailua, eli elinkeinonharjoittajien pyrkimystä saavuttaa kilpailuetu toisiin elinkeinonharjoittajiin verrattuna tuomalla markkinoille laatunsa, hintansa tai toimitusehtojensa suhteen edullisempia hyödykkeitä." "*Taloudellinen kilpailu, joka ilmenee pyrkimyksenä tuhota kilpailijan toimintaedellytykset (valtakilpailu) tai pyrkimyksenä hankkia kilpailuetu pelkästään keinotekoisella markkinoinnilla (suggestiokilpailu), ei ole lain suojaamaa kilpailua*."

Ilmaisulla terve kilpailu tarkoitetaan myös sitä, etteivät kuluttajansuojalaissa tai sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa annetussa laissa kielletyt kilpailukeinot nauti valtiovallan suojelua myöskään kilpailunrajoituslain näkökulmasta.[149]

Toimivan kilpailun käsitettä on täsmennetty vuoden 1987 Kilpailu- ja hintakomitean mietinnössä siten, että

"*ilmaisulla toimiva taloudellinen kilpailu asetetaan normi, johon toteutunutta markkinakäyttäytymistä on lakia sovellettaessa verrattava. Toimiva taloudellinen kilpailu ei ole klassisen talousteorian mukaista vapaata tai puhdasta kilpailua, vaan se voi toteutua myös monopolistisen tai oligopolistisen markkinarakenteen leimaamilla markkinoilla. Toimivassa kilpailussa hinnanmuodostus markkinoilla perustuu pääsäännön mukaan elinkeinonharjoittajien itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan markkinamekanismiin, eikä keinotekoisia alallepääsyn rajoituksia esiinny*."[150]

Vuoden 1992 kilpailunrajoituslakia koskevassa hallituksen esityksessä toimiva kilpailu on määritelty siten, että

"*toimivassa kilpailussa hinnanmuodostus markkinoilla perustuu elinkeinonharjoittajien itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan hintamekanismiin, eikä keinotekoisia alallepääsyn esteitä esiinny. Elinkeinonharjoittajat voivat vapaasti päättää kilpailukeinojensa käytöstä taloudellisten tosiasioiden ohjaamina. Toisaalta yhteiskunnallisesti toivottavan taloudellisen kilpailun tulee nojautua lain ja hyvän tavan mukaisiin kilpailukeinoihin.*"[151]

Kilpailunrajoituslaki ei edellä olevan määritelmän mukaan edellytä täydellisen kilpailun olemassaoloa, joka onkin lähinnä vain teoreettinen käsite. Siinä kilpailun ratkaisevin tunnusmerkki on siihen osallistuvien yritysten kyvyttömyys vaikuttaa toimillaan suoraan tuotteensa myynnistä saamaan hintaan. Toimivaa

---

[149] *Kuoppamäki*, 2003, s. 65.
[150] KM 1987:4, s. 117.
[151] HE 162/1991 vp, s. 3. Vastaava määrittely sisältyi jo nykyistä lakia edeltäneen kilpailunrajoituslain hallituksen esitykseen. Toimivassa kilpailussa hinnanmuodostuksen ilmaistiin perustuvan hintamekanismin sijasta markkinamekanismiin. Asiallisesti sillä on katsottava tarkoitettavan samaa. HE 148/1987 vp, s. 13.

kilpailua on luonnehdittu siten, että se voidaan ymmärtää lain esitöissä asetetuksi käytännöllisyyden vaatimukseksi. Tavoitteena on markkinoiden sellainen kilpailullisuus, joka johtaa hyviin taloudellisiin lopputuloksiin. Toisaalta negatiivisesti toimivan kilpailun tavoite tarkoittaa sitä, ettei kilpailuviranomaisten tule puuttua yritysten sopimuksiin, mikäli markkinat toimivat.[152]

Kilpailuoikeuden väljämuotoisesti vallitsevana paradigmana voidaan pitää *toimivaa kilpailua*. Tämä ilmenee kilpailunrajoituslain 1 §:stä. Tämän ohella huomioon otettavan kuluttajan edun on katsottu merkitsevän kuluttajan suojaamista tulonsiirroilta, joita markkinavoiman liiallisesta kasvusta aiheutuu. Lisäksi on kiinnitettävä huomiota tehokkuusvaikutuksiin.[153]

Juridisessa kielenkäytössä toimivan kilpailun ydinsisältö voidaan *Kuoppamäen* mukaan tiivistää seuraaviin lähtökohtiin:

1) Irtautuminen täydellisen kilpailun tavoitteesta: kilpailulainsäädännöllä ei tavoitella neoklassisen taloustieteen täydellisen kilpailun mallin kaltaista atomistista kilpailua, vaan optimaalinen markkinarakenne voi olla tätä keskittyneempi.
2) Dynaaminen näkökulma: kilpailua ei nähdä pelkästään staattisena, mekanistisena allokaatioprosessina, vaan ennen muuta dynaamisena, päättymättömänä prosessina, jossa yritykset kehittävät uusia hyödykkeitä ja kilpailukeinoja, joihin kilpailijat vastaavat.
3) Tavoitepluralismi: taloudellisen (staattisen ja dynaamisen) tehokkuuden ohella kilpailulainsäädännöllä tavoitellaan muitakin päämääriä, kuten esimerkiksi taloudellisen vallan hajauttamista ja oikeudenmukaista tulonjakoa.
4) SCP-kehikon hyödyntäminen: kilpailurajoitusten analysointi perustuu markkinarakenteeseen, markkinakäyttäytymiseen ja markkinatulosten analysointiin ja pyrkimykseen vaikuttaa niihin lain tavoitteita edistävällä tavalla.[154]

Yleisesti ottaen Suomen viranomaiset varovat sitoutumasta liiaksi tietyn koulukunnan oppeihin säilyttääkseen ratkaisukäytännön puolueettomana ja joustavana. Sama pätee myös Euroopan yhteisön kilpailuoikeuteen; vaikka tietyissä tuomioistuimen ratkaisuissa on viitattu toimivaan kilpailuun, Euroopan yhteisössäkin toimivalla kilpailulla näytettäisiin tarkoitettavan enemmänkin luopumista täydellisen kilpailun tavoittelusta ja joustavaa suhtautumista markkinoilla tehtä-

---

[152] *Kuoppamäki*, 2003, s. 64.
[153] Ks. *Kuoppamäki*, 2003, s. 81 ss. ja 211.
[154] Myös kauppa- ja teollisuusministeriön raportissa Markkinoiden toimivuus II: Lainsäädäntö, julkinen tuki ja verotus sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoilla on tukeuduttu SCP-malliin. Ks. s. 16.
Ks. myös *Kuoppamäki*, 1992, s. 52 ss.

viin sopimuksiin, kuin varsinaisesti mitään tiettyä toimivan kilpailun variaatiota.[155]

4.6.2 Merkityksellisten markkinoiden määrittely EY:n kilpailuoikeudessa

Euroopan yhteisön ja Suomen kilpailuoikeudessa edellytetään relevanttien eli merkityksellisten markkinoiden määrittelyä. Konseptin soveltaminen on tavallaan kanonisoitu lain esitöissä ja oikeuskäytännössä. Markkinamäärittelyn välttämättömyys on todettu myös yhteisöjen tuomioistuimen määräävää markkina-asemaa koskevan 82 artiklan perusteella syntyneessä oikeuskäytännössä ja kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momenttia koskevissa lain esitöissä.[156]

Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta (97/C 372/03) pyrkii selventämään sitä, miten komissio soveltaa merkityksellisten tuotemarkkinoiden ja maantieteellisten markkinoiden käsitettä valvoessaan yhteisön kilpailuoikeuden soveltamista.[157] Komission tiedonanto on ns. *soft law* -tyyppistä ohjausta, eikä sido sinällään yhteisön tuomioistuimen ratkaisuja. Tiedonanto on joka tapauksessa annettu yhteisön oikeuteen ja oikeuskäytäntöön nojautuen, jolloin se sitoo jossain määrin komission omia toimenpiteitä.

Merkityksellisten markkinoiden käsite liittyy läheisesti yhteisön kilpailupolitiikan tavoitteisiin. Esimerkiksi yhteisön sulautumien valvonnassa tuotteen tai palvelun tarjontaan liittyvien rakenteellisten muutosten valvonnalla pyritään estämään määräävän aseman muodostuminen tai vahvistuminen, koska tällainen haittaisi merkittävästi tehokasta kilpailua merkittävällä osalla yhteismarkkinoita. Komissio määrittelee tiedonannossaan 85 ja 86 (nykyisin 81 ja 82) artiklaan perustuvien asetusten, erityisesti ns. fuusiovalvonta-asetuksen (4064/89), mukaisesti merkitykselliset tuotemarkkinat ja maantieteelliset markkinat seuraavasti:

---

[155] *Kuoppamäki*, 2003, s. 212. Kuoppamäki viittaa myös artikkeliin *Purasjoki – Virtanen*, 1995, s. 103. Kirjoittajien näkemykset toimivan kilpailun teoriasta kuvastanevat kilpailuviraston käsitystä toimivan kilpailun teoriasta. Teoria voidaan tiivistää seuraavaan neljään väittämään: a) staattinen pareto-optimi on liian tiukka tavoite kilpailupolitiikalle; b) dynaaminen tehokkuus on suoritusnormina yhtä tärkeä kuin staattinen tehokkuus, ja kilpailupolitiikan tulisi keskittyä molempiin; eri tehokkuuden lajien välillä voi syntyä dilemma, jossa toiselle tulee etusija; c) kilpailu on toimivaa, kun ei ole käytettävissä keinoja talouden suorituskyvyn parantamiseksi tai keinojen käyttämisestä aiheutuvat kustannukset ylittäisivät yhteiskunnalliset hyödyt; d) kilpailupolitiikka on vain yksi talouspolitiikan lohko; näin ollen kilpailu on toimivaa vain sen ollessa sopusoinnussa muun talouspolitiikan tavoitteiden kanssa.

[156] *Kuoppamäki*, 2003, s. 642. HE 148/1987 vp, s. 17 ss. Ks. relevanttien tuotemarkkinoiden määrittelemisestä *Ojala*, 2005, s. 83–93.

[157] Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta 1997, s. 5–13.

> ”Kyseisiin tuotemarkkinoihin kuuluvat kaikki tuotteet ja/tai palvelut, joita kuluttaja pitää keskenään vaihdettavina tai korvattavissa olevina niiden ominaisuuksien, hintojen ja käyttötarkoituksen vuoksi.”
>
> ”Kyseiset maantieteelliset markkinat muodostuvat alueesta, jolla asianomaiset yritykset ovat sitoutuneet tarjoamaan kyseisiä tavaroita ja palveluja, jolla kilpailuedellytykset ovat riittävän yhtenäiset ja joka voidaan erottaa vierekkäisistä maantieteellisistä alueista erityisesti kilpailuedellytysten huomattavan erilaisuuden perusteella.”

Merkitykselliset markkinat, joilla tiettyä kilpailuasiaa käsitellään, määritellään siis yhdistämällä tuotemarkkinat ja maantieteelliset markkinat.[158]

Komission tiedonanto sisältää yksityiskohtaisen kuvauksen edellä olevien määritelmien perustekijöistä, eli muun muassa periaatteet kilpailunrajoituksista ja niihin liittyen tarjonnan ja kysynnän korvattavuudesta, jolloin kyse on siitä, millä edellytyksillä kuluttaja on hinnoittelun muuttuessa valmis vaihtamaan toisiin korvaaviin tuotteisiin. Kilpailunrajoituksen aiheuttajana *mahdollista* kilpailua ei oteta tiedonannon mukaan markkinoita määriteltäessä huomioon, koska edellytykset, joiden perusteella mahdollisen kilpailun katsotaan todella rajoittavan kilpailua, riippuvat markkinoille pääsyyn liittyvistä muista tekijöistä ja olosuhteista. Tämä on mahdollista vasta siinä vaiheessa, kun markkinoilla mukana olevien merkityksellisten yritysten asemasta on jo varmistuttu ja asema antaa aihetta huoleen kilpailun kannalta.[159] Pelkästään *hypoteettinen* mahdollisuus kilpailun olemassaoloon ei ole markkinoita määriteltäessä merkityksellistä.

Komission tiedonannon mukaan analysoimalla tuotteen ominaisuudet ja sen käyttötarkoitus voidaan ensimmäisenä askeleena rajata mahdollisten korvaavien tuotteiden tutkimista. Tuotteen ominaisuudet ja sen käyttötarkoitus eivät kuitenkaan riitä sen päättelemiseen, ovatko tuotteet kysynnän kannalta toisensa korvaavia. Toiminnallinen vaihdettavuus tai samanlaiset ominaisuudet eivät itsessään ehkä ole riittäviä perusteita, koska asiakkaiden herkkyys suhteellisten hintojen muutoksiin voi riippua myös muista seikoista. Tuotteen erilaiset ominaisuudet eivät puolestaan riitä sulkemaan pois kysynnän korvattavuutta, koska tämä riippuu suuressa määrin siitä, kuinka asiakkaat arvostavat erilaisia ominaisuuksia.[160]

---

[158] Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta 1997, erityisesti k. 7–10.

[159] Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta 1997, k. 24.

[160] Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta 1997, k. 36 ja 38–43. Markkinoiden määrittelyssä tuotteen ulottuvuutta arvioidessaan komissio pitää keskeisinä seuraavia todisteita: todisteet tuotteiden korvattavuudesta lähimenneisyydessä, erilaiset määrälliset testit markkinoiden rajaamisesta, asiakkaiden ja kilpailijoiden näkemykset sekä asiakkaiden mieltymykset, esteet ja kustannukset, joita liittyy kysynnän siirtymiseen

Hyödykemarkkinoita määriteltäessä merkityksellistä on, mitkä tavarat tai palvelut ovat asiakkaan kannalta ominaisuuksiltaan siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Määrittelyssä huomiota kiinnitetään ennen muuta kysynnän korvaavuuteen. Relevantit hyödykemarkkinat muodostuvat sellaisista toisiaan kohtuullisesti korvaavista tuotteista, joita käytetään samaan tarkoitukseen. Kysynnän korvaavuuden ohella voidaan kiinnittää huomiota myös tarjonnan korvaavuuteen, toisin sanoen, missä määrin muut yritykset voisivat lyhyehköllä aikavälillä ryhtyä valmistamaan kyseistä hyödykettä. Tarjonnan korvaavuuden huomioon ottaminen relevanttien markkinoiden määrittelyssä edellyttää, että tuotannon nopeahko uudelleen suuntaaminen on mahdollista kohtuullisin kustannuksin ja riskein, jos määräävästä asemasta epäilty yritys esimerkiksi korottaa hintojaan.[161]

Relevanttien markkinoiden määrittely on komission tiedonannosta ilmenevällä tavalla varsin vaativa ja se on tehtävissä aina vain yksittäistapauksessa arvioimalla selvitettyjä tosiasioita ja käsityksiin perustuvia näyttöjä.[162]

4.6.3 Merkitykselliset markkinat Suomen kilpailuoikeudessa

Toukokuun alusta 2004 voimaan tulleen kilpailunrajoituslain muutoksen johdosta myös kansalliset viranomaiset ovat velvollisia soveltamaan suoraan perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklaa. Kilpailunrajoituslakia muutettiin neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 johdosta. Artikloja tulee soveltaa kansallisiin sopimuksiin ja käytäntöihin silloin, kun sopimukset ja käytännöt voivat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Jäsenvaltiot voivat soveltaa alueellaan kansallisesti myös tiukempia sääntöjä.[163] Tämä velvollisuus oli tosin olemassa jo

---

mahdollisiin korvaaviin tuotteisiin, ja tuotteiden erilaiset asiakasryhmät ja asiakasryhmiin mahdollisesti kohdistuva hintasyrjintä.

[161] *Kuoppamäki*, 2003, s. 643 ss.

[162] Komission tiedonanto merkityksellisten markkinoiden määritelmästä yhteisön kilpailuoikeuden kannalta 1997, k. 45–50. Maantieteellisten markkinoiden laajuutta arvioidessaan komissio pitää keskeisinä seuraavia tekijöitä: todisteet tilausten siirtämisestä muille alueille, asiakkaiden ja kilpailijoiden näkemykset markkinoiden rajoista, ostotottumusten maantieteelliset ominaispiirteet tarkasteluhetkellä, kauppavirrat/toimitusmuodot sekä esteet ja kustannukset, joita aiheutuu tilausten siirtämisestä muualla sijaitseville yrityksille. Esimerkkejä markkinoiden määrittelystä *Fisher*, 2001, s. 43–50.

[163] Komission tiedonanto sisälsi periaatteet, joilla komissio arvioi merkityksellisiä markkinoita 81 ja 82 artiklaa sovellettaessa. Neuvoston asetus (EY) N:o 1/2003, 16.12.2002, EYVL, L 1, 4.1.2003, s. 1, siirsi toimivaltaa arvioinnissa kansallisille viranomaisille. Yhteisön kilpailusääntöjen tehokkaan soveltamisen varmistamiseksi asetuksella lisättiin kansallisten viranomaisten osallistumista valvontaan. Tuomioistuimet velvoitettiin soveltamaan myös perustamissopimuksen artiklaa 81 ja 82 suoraan. Tämä johti kilpailunrajoituksista annetun lain muuttamiseen (318/2004. 1.5.2004), jossa asetuksen edellyttämät muutostarpeet toteutettiin.

aikaisemminkin yhteisön oikeuden soveltamista koskevan velvoitteen johdosta.[164]

Kilpailunrajoituslaissa markkina käsitteenä sisältyy 3 §:n 2 momenttiin, jossa määritellään määräävä markkina-asema. Sellainen katsotaan olevan elinkeinonharjoittajalla tai elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä, jolla koko maassa tai tietyllä alueella on yksinoikeus tai muu sellainen määräävä asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyillä tuotanto- tai jakeluportaalla. Laista itsestään ei ilmene, millä perusteella hyödykemarkkinat rajataan määräävää markkina-asemaa arvioitaessa.

Vastaavan säännöksen sisältäneen edellisen kilpailunrajoituslain (709/1988) esitöissä todettiin, että hyödykemarkkinoiden määrittely on taloudellinen tosiasiakysymys, joka on selvitettävä markkinatutkimuksella.[165] Perustelujen mukaan alueelliset ja asialliset hyödykemarkkinat eriytyvät taloudellisten kilpailuolosuhteiden perusteella. Myös kansallisia relevantteja hyödykemarkkinoita määriteltäessä tulee selvittää, mitkä tavarat tai palvelut ovat asiakkaiden kannalta ominaisuuksiltaan siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Euroopan yhteisön tavoin maantieteellisiä markkinoita määriteltäessä kiinnitetään huomiota kysynnän rakenteeseen, kulutustottumuksiin, kuljetuskustannuksiin ja muihin esteisiin, joita liittyy hyödykkeen siirtymiseen alueelta toiselle, tarjolla oleviin jakelukanaviin, markkinaosuuksiin ja hintatasoon eri alueilla, kauppavirtoihin tms. seikkoihin. Tuotannon ja kysynnän paikallinen keskittyminen ei kuitenkaan automaattisesti merkitse markkinoiden paikallisuutta.[166]

Merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä lähtökohtana on kysynnän korvattavuus. Toissijaisesti voidaan huomiota kiinnittää tarjonnan korvattavuuteen. Kilpailuneuvoston käytännön mukaan relevantit tuotemarkkinat muodostuvat sellaisista toisiaan kohtuullisesti korvaavista tuotteista, joita käytetään samaan tarkoitukseen. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota siihen, missä määrin asiakas tai kuluttaja voi korvata tietyn valmistajan hyödykkeen jonkun toisen valmistajan hyödykkeellä. Ratkaisevia tekijöitä ovat tuotteen ominaisuudet, hinta ja käyttötarkoitus. Huomiota kiinnitetään myös kulutustottumuksiin, kysynnän ristijoustoon ja markkinoiden erityispiirteisiin. Kysynnän korvaavuuden ohella voidaan toissijaisesti kiinnittää huomiota myös tarjonnan korvaavuuteen, ts. missä

---

[164] *Kuoppamäki*, 2003, s. 662. HE 148/1987 vp, s. 18. Ks. merkityksellisten markkinoiden määrittelystä myös *Alkio – Wik*, 2004, s. 57 ss.

[165] Ks. *Mononen*, 1995, s. 37 ss. Mononen on määritellyt tutkimuksessaan relevanttien markkinoiden piirteitä määräävän markkina-aseman väärinkäytön yhteydessä.

[166] *Kuoppamäki*, 2003, s. 676 ss.

määrin muut yritykset voisivat lyhyehköllä aikavälillä ryhtyä valmistamaan kyseistä hyödykettä.[167]

Kilpailunrajoituslain mukaisissa tapauksissa kyse on yleensä siitä, ovatko markkinat paikalliset, alueelliset vai valtakunnanlaajuiset. Huomiota on kiinnitettävä sekä ostajien että myyjien mahdollisuuksiin. Relevantti kysymys ei kuulu, kuinka laajalla alueella kyseisen hyödykkeen markkinointi on periaatteessa mahdollista, vaan mikä on käytännössä ja keskimäärin se yhtenäinen alue, jolla kilpailu toimii samalla logiikalla, toisin sanoen kilpailijoiden samoilla markkinoilla toimivien yritysten toimenpiteet ovat suoraan sidoksissa ja vaikuttavat täysimääräisesti toisiinsa. Huomiota kiinnitetään tosiasiallisen vaihdannan laajuuteen ja kauppavirtoihin.

Selvitettäessä alalle tulon esteitä kiinnitetään huomiota niihin tekijöihin, jotka alalle tuloa harkitsevan potentiaalisen kilpailijan näkökulmasta vähentävät markkinoille tulon houkuttelevuutta. Jotta alalle tulo on kannattavaa, tulee tuotto-odotusten ylittää riskit. Potentiaalisen kilpailijan täytyy ottaa huomioon, että markkinoita hallitseva yritys voi ryhtyä strategisiin vastatoimiin, esimerkiksi alentaa hintojaan tasolle, jolla alalle tulon vaatimia investointeja ei saataisi kuoletetuksi, tai nostaa haastajan kustannuksia. Harkittaessa maantieteellisten markkinoiden laajuutta relevantti kilpailuoikeudellinen kysymys ei kuulu niinkään, onko alalle tulo oikeudellisesti ja teknisesti mahdollista, vaan oikeammin, onko se saatavilla olevan todistusaineiston perusteella muihin tarjolla oleviin vaihtoehtoihin verrattuna liiketaloudellisesti kannattavaa ja siten todennäköinen vaihtoehto.[168]

Edellä tarkasteltiin erikseen yhteisön ja kansallisen kilpailuoikeuden perusteella tekijöitä, joiden perusteella relevantit markkinat määritellään. Käytännössä tekijät, joita määrittelyssä käytetään, ovat samat, joten valittavan oikeuden soveltaminen tapahtuu kauppavaikutuskriteerin perusteella. Tämä on nyt nimenomaisesti lausuttu kilpailunrajoituslain 1 a §:ssä. Kun kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, sovelletaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan säännöksiä.

4.6.4 Markkinoiden tehokkuus

Kilpailun taustalla on myös ajatus markkinoiden tehokkuudesta. Tavarat ja palvelut pyritään tuottamaan mahdollisimman tehokkaalla panos–tuotos-suhteella.[169] Näin resursseja vapautuu muuhun toimintaan. Kilpailu edistää resurssien

---

[167] *Kuoppamäki*, 2003, s. 662 ss.
[168] Ibid.
[169] *Kuoppamäki*, 2003, s. 31.

tehokasta allokoitumista.[170] Kilpailuoikeuden tehtävänä on osaltaan turvata ja edistää sitä, että resurssit markkinataloudessa allokoituvat parhaalla mahdollisella tavalla ja entistä paremmat hyödykkeet ja tuotantomenetelmät pääsevät esille. Markkinatalouden tehokkaan toiminnan ja teknis-taloudellisen edistyksen katsotaan lisäävän kuluttajien taloudellista hyvinvointia ja kasvattavan kansantuotetta.[171]

Kilpailuoikeudella pyritään estämään (1) yritysten välinen yhteistyö, joka heikentää vapaata hintojen muodostamista ja (2) yritysten pääseminen sellaiseen markkina-asemaan, jossa ne voivat päättää hinnoista kilpailusta vapaana. Neoklassisen talousteorian mukaan täydellisen kilpailun olosuhteet ovat paras tapa maksimoida hyvinvointia yhteiskunnassa. Tässä mielessä hyvinvointi käsitteenä viittaa allokatiivisen ja tuotannollisen (produktiivisen) tehokkuuden saavuttamiseen. Tuotannontekijöiden maksimaalisen hyödyntämisen johdosta hyödykkeiden hinta korreloi oikeassa suhteessa tuotantokustannuksiin, jolloin kuluttaja voi hankkia hyödykkeitä halvimmalla mahdollisella hinnalla. Kuten aiemmin on todettu, täydellisen kilpailun olosuhteet ovat monella tapaa teoreettiset, jolloin kilpailuoikeuden tavoitteena on toimiva kilpailu (*workable competition*).[172]

Allokatiivisella tehokkuudella tarkoitetaan sitä, että olemassa olevat tuotantoresurssit kohdentuvat mahdollisimman tehokkaasti tavaroiden ja palvelujen tuottajien kesken. Hyödykkeet jakaantuvat kuluttajien välillä sen mukaan kuin kuluttajilla on ostovoimaa suhteessa hintaan. Hintamekanismi on se välittävä tekijä, jonka kautta hyödykkeen tuotanto sopeutuu kotitalouksien kysynnän vaihteluihin ja suuntautuu uudelleen kysynnässä tapahtuvien muutosten mukaisesti toiselle sektorille.[173] Allokatiivinen tehokkuus perustuu siihen, että rationaalinen tuottaja pyrkii täydellisessä kilpailussa laajentamaan tuotantoaan niin kauan kuin se on kannattavaa. Kun tuotteen hinta on rajakustannusten tasolla, kysynnän ja tarjonnan tasapaino on allokatiivisesti tehokas. Täydellinen kilpailu toteuttaa allokatiivisen tehokkuuden.[174] Tilannetta, jossa hinta on rajakustannusten tasolla, voidaan pitää kuitenkin lähinnä teoreettisena. Käytännössä osa yritysten kustan-

---

[170] Euroopan yhteisön kilpailuoikeus on kehittynyt ordoliberalismin vaikutuksen alaisena. Sen mukaan kilpailupolitiikan todellinen tavoite on yksilön taloudellisen toimintavapauden suojaaminen arvona sinänsä, tai päinvastoin ilmaisten: liiallisen taloudellisen voiman kurissa pitäminen. Samalla yhteiskuntajärjestelmä turvaisi korkean hyvinvoinnin, inhimilliset ja oikeudenmukaiset sosiaaliset olot sekä poliittisen pluralismin. *Kuoppamäki*, 2003, s. 190. Ks. myös *Rousseva*, 2005, s. 590 ss.

[171] *Kuoppamäki*, 2003, s. 33.

[172] Ks. myös *Alkio – Wik*, 2004, s. 36 ss.

[173] *Whish*, 2003, s. 3.

[174] Ns. *Pareto-optimissa* resurssit ovat allokoituneet maksimaalisen tehokkaasti: yhdenkään oikeussubjektin asemaa ei voida parantaa ilman että samalla heikennettäisiin jonkun toisen asemaa. Kyse on ideaalista, jonka avulla perustellaan yleisellä tasolla vakuuttavasti markkinoiden vapau-

nuksista on kiinteitä ja tarve kattaa hinnoittelulla myös kiinteät kustannukset nostaa hintaa rajakustannusten yläpuolelle.[175]

Tuotantotehokkuudella (produktiivinen tehokkuus) tarkoitetaan tuottavuuden tasoa. Kilpailun paineessa yritykset tuottavat hyödykkeitä pienimmillä mahdollisilla kustannuksilla (vähemmän työvoimaa ja pääomaa).[176] Tämä johtaa siihen, että pitkällä tähtäyksellä tehottomien yritysten toiminta muuttuu tappiolliseksi, koska ne eivät pysty laskemaan tuotantokustannuksiaan riittävän alas, ja lopulta ne poistuvat markkinoilta. Yleensä kilpailun katsotaan kannustavan yrityksiä tavoittelemaan parempaa tuotantotehokkuutta, koska vain tehokkaat pysyvät markkinoilla.[177]

Dynaaminen tehokkuus viittaa niihin ehtoihin, joissa tuotanto tehostuu ajan kuluessa. Dynaaminen tehokkuus tarkoittaa siis sitä, että yritykset pyrkivät kehittymään tuottamalla entistä parempia hyödykkeitä aikaisempaa tehokkaammilla menetelmillä. Pysyäkseen markkinoilla yritykset panostavat tutkimukseen ja tuotekehittelyyn. Toisaalta on esitetty, että vain monopoliyrityksillä olisi riittäviä resursseja panostaa tutkimus- ja kehitystyöhön. Dynaamisen tehokkuuden merkitys korostuu erityisesti teknologiakeskeisillä aloilla.[178]

Kuntien hankintatoimen kannalta tavoiteltavaa olisi dynaaminen tehokkuus. Kunnat edustavat julkisissa hankinnoissa kuluttajia, joiden kiinnostuksesta yritykset kilpailevat. Kilpailuttamisen seurauksena yritykset pyrkisivät tehostamaan toimintaansa siten, että ne kykenisivät tuottamaan aikaisempaa parempia hyödykkeitä entistä alemmalla hinnalla. Tavoite allokatiivisesta tehokkuudesta voidaan katsoa olevan jonkinlainen uhka kunnille. Tämä uhka toteutuu, mikäli pääomasijoittajien ja vastaavien kiinnostus kohdistuu muille paremmin tuottaville aloille kuin esimerkiksi sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamiseen.

4.6.5 Monopoli markkinatilanteena

Monopoli on markkinatilanne, jossa hyödykkeellä on markkinoilla vain yksi tuottaja, jolla ei siten ole kilpailijoita. Täydelliseen kilpailuun verrattuna monopoli edustaa epätäydellisen kilpailun äärimuotoa, sillä kilpailua ei synny lainkaan.[179] Puhtaassa monopolitilanteessa hyödykkeiden toimittaja ei kohtaa varsinaista ulkopuolista kilpailua. Kuten täydellistä kilpailua, myös täydellisiä mono-

---

den ja kilpailun hyödyllisyyttä. Kun taustalla on täydellinen kilpailu, mallia voidaan kritisoida eräänlaisena nirvanan tavoitteluna. Ks. *Kuoppamäki*, 2003, s. 32.

[175] *Alkio – Wik*, 2004, s. 37.

[176] *Kuoppamäki*, 2003, s. 37.

[177] *Kuoppamäki*, 2003, s. 36. *Alkio – Wik*, 2004, s. 37 ss.

[178] *Alkio – Wik*, 2004, s. 38. Dynaamisesta tehokkuudesta yksityiskohtaisemmin *Kuoppamäki*, 2003, s. 36 ss.

[179] Ks. epätäydellisestä kilpailusta esimerkiksi *Määttä*, 2006, s. 31–33.

poleja esiintyy vain hyvin harvoin. Kun täydellisessä kilpailutilanteessa kilpailijoita on monia, monopolitilanteessa on yksi hyödykkeiden toimittaja, eikä muita saatavilla olevia hyödykkeitä voida pitää hyödykkeen substituutteina eli korvaavina hyödykkeinä.[180]

Monopolien syntyminen pyritään estämään kilpailulainsäädännöllä, erityisesti yrityskauppalainsäädännön avulla. Laillisia ja luonnollisia monopoleja pyritään purkamaan lähinnä kaupan vapauttamisen sekä säänneltyjen sektoreiden liberalisoinnin myötä.[181] Tätä edellyttää eräissä tapauksissa myös perustamissopimuksen 31 artiklan 1 kohta ja 86 artiklan 1 kohta.

Monopolin nähdään yleensä aiheuttavan negatiivisia seurauksia. Monopolin kannustin tavoitella parempaa tuotantotehokkuutta on vähäinen, koska kilpailu ei uhkaa sen markkina-asemaa. Monopolihinta on korkeampi kuin se olisi täydellisen kilpailun tilanteessa, ja monopoliyritys saa tästä todennäköisesti hyvän voiton. Ehtona on luonnollisesti, että kuluttajat ylipäätänsä tarvitsevat kyseessä olevaa tuotetta. Kysynnän ja tarjonnan laki toimii yleensä myös monopolituotteiden osalta. Monopolitilanteessa hyödykkeen hinta–laatu-suhteen todetaan usein kärsivän. Kilpailu pakottaa yritykset panostamaan laatuun, mikä edesauttaa myös erityyppisten tuotteiden ja niiden variaatioiden markkinoille tuloa. Kilpailutilanteesta vapaalla monopolitoimittajalla ei ole sellaista pakkoa toimittaa mahdollisimman hyvälaatuisia ja pitkälle kehitettyjä hyödykkeitä kuin sillä olisi kilpailluilla markkinoilla. Mikäli monopoliyritys ei kohtaa kilpailua läheisten tuotteiden osalta, se saattaa pyrkiä säästämään muun muassa tutkimus- ja tuotekehityskustannuksissa.

Monopolilla voi olla eräissä tilanteissa myös myönteisiä puolia. Keskittymistä perustellaan usein sillä, että suurempi yksikkö pystyy tuottamaan vastaavan määrän hyödykkeitä alhaisempaan yksikköhintaan (*economies of scale*). Tärkeää on kuitenkin huomata, että tuotannon laajuudesta koituvat tehokkuusedut eivät tarkoita, että kaikilla markkinoilla tulisi olla vain muutamia merkittävän kokoisia toimittajia. Useilla markkinoilla päinvastoin on tilanteita, joissa lukumääräisesti laajempikin määrä toimittajia voi hyötyä tuotannon mittakaavaedusta. Tässä suhteessa voitaisiinkin puhua ns. yritysten vähimmäiskoosta (*minimum optimal*

---

[180] Ks. *Alkio – Wik,* 2004, s. 45–49. Teksti on tiivistys kirjan monopolia koskevasta osasta.

[181] Säätelyn purkamisen kohteena ovat olleet ns. peruspalvelut, kuten sähköinen viestintä, postipalvelut, kaasu ja sähkö sekä liikenne, joilla voidaan tarjota yleisen taloudellisen edun mukaisia palveluja. Komissio on parhaillaan selvittämässä näiden palvelujen roolia. Niihin liittyy keskeisesti kysymys siitä, mikä rooli julkisilla viranomaisilla on markkinataloudessa varmistettaessa yhtäältä markkinoiden moitteeton toiminta ja se, että kaikki toimijat noudattavat pelin sääntöjä, ja toisaalta yleinen etu, erityisesti kansallisten perustarpeiden täyttäminen ja julkisten palvelujen säilyttäminen, kun markkinat eivät pysty niitä tarjoamaan. Yhtenä selvityksen kohdealueena ovat sosiaali- ja terveyspalvelut.

Ks. Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 3, 13 ss. ja 43 ss.

size) allokatiivisen tehokkuuden saavuttamiseksi. Keskittyminen tuottaa siis mitä todennäköisimmin tehokkuusetuja tuotannon laajuuden johdosta. Samaan aikaan on kuitenkin arvioitava, millä tavoin kilpailun väheneminen vaikuttaa optimaalisen allokatiivisen tehokkuuden saavuttamiseen.

Eräänlainen ääriesimerkki monopoleista on ns. luonnollinen monopoli. Luonnollisella monopolilla tarkoitetaan tilannetta, jossa yksi yritys toimii ainoana tavaran tai palvelun toimittajana, koska tuotteelle ominaisten markkinoiden luonteesta johtuen on tehokkaampaa, että vain yksi toimittaja tuottaa ja toimittaa hyödykettä. Alalle mahtuu vain yksi tuottaja, jolle taataan monopoli. Esimerkiksi sähkönjakelu, vedentoimitus, tieverkko ja rautatieverkot ovat aloja, jossa yksikkökustannukset laskevat tuotantoa lisättäessä.[182] Tavallisesti kysymyksessä on tilanne, jossa tuotteiden tuottaminen edellyttää suuria kiinteitä kustannuksia rajakustannusten ollessa alhaiset. Myös tämä voi olla tehokas tuotannon järjestämismuoto. Tällä tarkoitetaan tilannetta, jossa yksi yritys voi palvella koko markkinaa edullisemmilla yksikkökustannuksilla. Luonnolliselle monopolille tyypillisiä ovat tuotannon laajuudesta koituvat skaalaedut.[183]

Yhteiskunta pyrkii tavallisesti puuttumaan luonnollisten monopolien hinnoitteluun, mikäli toimialoilla on laajempaa yhteiskunnallista merkitystä. Korkeat luonnollisen monopolin perimät hinnat ovatkin usein perustelu sille, että valtiot päättävät säännellä luonnollisia monopoleja, kuten puhelin- ja tietoverkkotoimintaa tai sähkö- ja maakaasumarkkinoita. Useita julkisia monopoleja, kuten rautateitä ja vesilaitoksia, pidetään luonnollisina monopoleina.

Monopolin eräänä muotona on vielä mainittava lakiperusteinen monopoli. Sellainen on yritys tai vastaava, jolle valtio on myöntänyt joko suoraan tai lainsäädännön nojalla yksinoikeuden tuottaa tai myydä tiettyjä tuotteita ja palveluja tietyllä alueella. Tavallisesti yritys hyväksyy, että julkisyhteisöllä on mahdollisuus vaikuttaa tuotteen hintatasoon. On mahdollista, että yritys on samanaikaisesti sekä luonnollinen että lakiperusteinen monopoli tai että aikaisemmasta laillisesta monopolista tulee myöhemmin luonnollinen monopoli. Laillisen monopolin ja yhteiskunnan tuen avulla yritys on pystynyt luomaan infrastruktuurin, jollaista ei ole vaadittavien investointien johdosta enää kilpailutilanteessa kannattavaa toisintaa.

Yksi tyypillisimmistä valtion lakiin perustuvista monopoleista on Suomessa alkoholilain (1143/1994) mukainen Alko Oy:n vähittäismyyntimonopoli mietojen ja väkevien alkoholijuomien myynnissä. Lailliseksi monopoliksi kutsutaan myös Asianajajaliiton jäsenten oikeutta käyttää asianajajanimitystä tai lainopillisen tutkinnon suorittaneiden yksinoikeutta tiettyjen lakimiestehtävien hoitoon.

---

[182] *Ojala*, 2005, s. 11.
[183] Ks. myös *Mentula – Saraste*, 1999, s. 41, 52, 56 ja 61.

Lakiperusteisena monopolina on pidettävä myös Raha-automaattiyhdistyksen oikeutta raha-, kasinopeli- ja pelikasinotoiminnan harjoittamiseen. Oikeus perustuu arpajaislain 11 §:n nojalla valtioneuvoston määräajaksi myöntämään toimilupaan (rahapelilupaan), joka voidaan antaa vain yksinoikeudella. Raha-automaattiyhdistyksen asema perustuu puolestaan arpajaislain nojalla annettuun valtioneuvoston asetukseen Raha-automaattiyhdistyksestä (1169/2001).

Rahapelitoiminnan yksinoikeutta ei perustella kuitenkaan taloudellisilla tai tehokkuusperusteilla, vaan sen tarkoituksena on arpajaislain 11 §:n 1 momentin mukaan rahapelitoimintaan osallistuvien oikeusturvan takaaminen, väärinkäytösten sekä rikosten estäminen ja pelaamisesta aiheutuvien sosiaalisten haittojen vähentäminen. Raha-automaattiyhdistyksen rahapelimonopoli perustuu yhteiskunnan järjestyksenpitoon ja kuluttajan suojaan liittyviin sekä pelaamisesta aiheutuvien haittojen ehkäisyn tarpeesta johtuviin tavoitteisiin.[184]

4.6.6 Markkinoille tulon ja niiltä poistumisen esteistä

Markkinarakenteella tarkoitetaan niitä rakenteellisia tekijöitä, joita yritykset eivät voi päiväkohtaisesti muuttaa ja jotka vaikuttavat yritysten käyttäytymiseen markkinoilla. Markkinarakenteeseen luetaan muun ohella markkinoiden kehittymisaste, yritysten koko ja taloudelliset voimavarat toisiinsa verrattuna, hyödykkeiden samankaltaisuus tai erilaisuus (homogeenisuus/heterogeenisyys) sekä alalle pääsyn esteet, jotka rajoittavat uusien yritysten markkinoille tuloa.[185]

Markkinoille tulon esteet ja toisaalta markkinoilta lähdön helppous vaikuttavat useissa tilanteissa olennaisesti markkinoiden rakenteeseen sekä yleensä kilpailutilanteeseen markkinoilla. Jos tehokkaasti toimivat yritykset, jotka eivät toimi vielä markkinoilla, eivät voi riittävän helposti tulla markkinoille, on todennäköistä, että markkinoilla jo olevat yritykset voivat asettaa hinnat marginaalikustannuksia korkeammiksi. Joillakin aloilla liiketoiminnalle on asetettu sellaisia vaatimuksia, jotka vähentävät potentiaalista kilpailua. Esimerkkinä voidaan mainita apteekkitoiminta tai taksipalvelut, joiden osalta julkinen valta määrää, kuinka monta toimijaa kullakin alueella voi toimia.[186]

Kilpailuoikeudessa markkinoille tulon esteiksi ei lasketa normaaleja markkinoille tulosta johtuvia kustannuksia tai itsessään esimerkiksi sitä aikaa, jonka markkinoille tulo vie. Markkinoille tulon esteiden määritelmän osalta olennaisia

---

[184] Periaate todettiin myös kansallisesti Ahvenanmaan Raha-automaattiyhdistystä koskeneessa ratkaisussa KKO 24.2.2005, taltio 481. KKO perusti ratkaisunsa yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisuihin asiassa C-275/92, *Schindler*, asiassa C-124/97, *Läärä*, asiassa C-67/98, *Zenatti* ja asiassa C-243/01, *Gambelli*.

[185] *Kuoppamäki*, 2003, s. 83 ja *Timonen,* 1997, s. 219.

[186] *Alkio – Wik*, 2004, s. 41.

ovat sellaiset pitkävaikutteisista esteistä koituvat kustannukset, joita jo markkinoilla toimivilla yrityksillä ei ole.[187]

Absoluuttisten kustannusetujen (*absolulute cost advantage*) ansiosta alalla merkittävässä asemassa oleva yritys voi ansaita korkeita tuottoja ilman pelkoa muiden yritysten alalle tulosta. Tällaisia ovat:

1) *Tuotannon laajuudesta koituvat hyödyt, jotka edellyttävät merkittäviä pääomasijoituksia.* Tämän osalta merkitystä on myös pääomamarkkinoiden toiminnalla. Vaikka pääomamarkkinat toimisivat hyvin, mitä suurempaa investointia alalle tulo vaatii, sitä suuremmat ovat todennäköisesti myös alle tulon esteet.
2) *Tuotedifferentiaatio (product differentiation).* Tuotedifferentiaatiolla tarkoitetaan sitä, että samantyyppiset tuotteet eroavat sillä tavalla toisista markkinoilla olevista tuotteista, etteivät kuluttajat koe niitä toisiaan korvaaviksi tuotteiksi. Tämä voi johtua muun muassa siitä syystä, että kuluttajien ostokäyttäytyminen ja eri tuotteiden *goodwill* on niin merkittävä, että on todennäköistä, etteivät kuluttajat koe uutta tuotetta vanhan tuotteen korvaajaksi.

Edellä olevan luettelon puutteena tämän tutkimuksen näkökulmasta on se, ettei tekijöissä ole huomioitu julkisen vallan toimenpiteiden merkitystä, esimerkiksi julkisia suoria tukia tai verotuksen vaikutusta. Kilpailuoikeudellisesti kohdan 2 tekijöillä on merkitystä lähinnä vain merkityksellisten markkinoiden määrittelyssä.

Markkinoiden toimivuuteen liittyvät myös markkinoilta lähdön esteet. Nämä liittyvät kiinteästi yrityksen markkinoille tuloon. Kun yritys jo toimii markkinoilla, kilpailutilanteeseen ei enää kovinkaan vahvasti vaikuta se, ovatko markkinoilta tai alalta lähdön esteet suuret vai pienet. Sen sijaan jos markkinoilta lähdön kustannukset ovat korkeat, tällä saattaa olla merkittävä vaikutus alalle tuloon. Markkinoilta lähdön kustannukset ovat korkeat, jos ns. ”uponneita” kustannuksia ei pystytä saamaan takaisin esimerkiksi myymällä kyseinen liiketoiminta tai tuotantolaitos.[188]

---

[187] Markkinoille tulon este voi olla mitä tahansa, mikä estää yritystä tulemasta kohtuullisen nopeasti markkinoille. Näin yleisestä määritelmästä ei ole kovinkaan paljon hyötyä kilpailuoikeudellisen tutkinnan kannalta, koska kaikelle markkinoille tulolle on olemassa joitakin esteitä. Ks. *Alkio – Wik*, 2004, s. 42.

[188] *Alkio – Wik*, 2004, s. 43 ss.

5 Sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoiden toimivuudesta

Kun Kuntaliitto vuonna 2003 teki selvityksen ”Parasta palvelua” oli tarkastelun kohteena kuntien käytännön toiminta. Kuntaselvityksen tiedot ovat suuntaa antavia, mutta antavat sellaisenaan riittävän käsityksen niistä ongelmista, joita kuntaviranomaiset kokevat sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä. Sosiaali- ja terveysalan tutkimus- ja kehittämiskeskus STAKESin johdolla selvitettiin maamme sosiaali- ja terveyspalvelujen tarjontaa ensimmäisen kerran vuonna 2003. Selvitys uusittiin vuonna 2004.[189] Kauppa- ja teollisuusministeriö julkaisi vuonna 2006 selvityksen yritystoiminnasta ja kuntien ostopalveluista sosiaali- ja terveydenhuollossa.[190] Näiden selvitysten antaman informaation perusteella on seuraavassa tavoitteena pyrkiä tunnistamaan, missä määrin nykyiset sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinat täyttävät edellä kuvattuja toimivien markkinoiden tunnusmerkkejä.

Kauppa- ja teollisuusministeriön toimeksiannosta tehty sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoiden toimivuutta selvittänyt tutkimus sisältää toimintakaavioiden avulla esitetyt vaihtoehdot, joilla kunta voi järjestää sosiaali- ja terveyspalvelut. Kunta voi tuottaa palvelun itse tai toimia tilaajana erimuotoisiin julkisiin sopimuksiin perustuvassa yhteistyössä toisten julkisten organisaatioiden kanssa. Kun toinen kunta järjestää toisen kunnan puolesta sen asukkaille palvelun, kaaviossa palvelun tuottava kunta on silloin itse tuottaja. Tässä tapauksessa kunta on saattanut organisatorisesti erottaa omassa toiminnassaan palvelun tuottamisen ja tilaamisen. Tuottajana voi olla myös yritys tai järjestö.[191] Kysyntä muodostuu asiakkaan tarpeesta, ja tarpeen arvioinnin suorittaa kunnan viranomainen, eli se päättää lainsäädännön velvoitteiden mukaisesti, kuka palvelun saa. Vastaavasti kunnan viranomaisen tehtävänä on valvoa palvelun toteutumista ja sen laatua. Tilaaja eli kunta maksaa palvelun, johon saattaa liittyä kuitenkin myös asiakkaan

---

[189] *Kauppinen – Niskanen,* 2005.

[190] Kauppa- ja teollisuusministeriö, Yritystoiminta ja kuntien ostopalvelut sosiaali- ja terveydenhuollossa, KTM, Julkaisuja 25/2006.

[191] Kuntaliiton toteuttaman kuntaselvityksen perusteella havaittiin, että sosiaalipalveluissa kunnilla on järjestöjen kanssa sopimus palveluista kaikilla sosiaalipalvelujen lohkoilla. Näistä merkittävimpiä ovat vanhusten asumispalvelut (44 % kunnista), päihdehuoltopalvelut (32 % kunnista), vammaisten asumispalvelut (28 % kunnista), sekä lasten ja nuorten laitoshuolto (23 %). Myös vanhusten kotipalveluissa osuus on merkittävä (19 %). Sosiaalitoimen palveluja yksityisiltä tuottajilta ostetaan kaikissa kunnissa, mutta yli puolet kunnista ostaa vähemmän kuin 10 % palvelujen kokonaistarpeesta ja 86 % kunnista vähemmän kuin 20 % tarpeesta. Ks. *Linnakko*, s. 65–66.

oma osuus asiakasmaksuna. Lisäksi kunta voi järjestää palvelun antamalla palvelusetelin.[192]

Granqvistin väitöskirjatutkimuksessaan esittämä analyysikehikko auttaa osaltaan jäsentämään sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistä kunnan, tuottajan ja käyttäjän näkökulmasta.[193] Kehikko erittelee palvelujen yksityisen ja julkisen tuottamisen ja rahoittamisen. *Granqvistin* ehdotuksessa tuottajanäkökulman lähtökohtana on, että järjestöt kuuluvat yksityisiin palveluntuottajiin. Jäsennys on sikäli oikea ja käyttökelpoinen myös tämän tutkimuksen kannalta, että tarkasteltavana ovat yhdistyslain perusteella organisoituneet yhdistykset.

Tarkasteltaessa sosiaali- ja terveysjärjestöjen rahoitusta tuottajanäkökulmasta kysymys ei ole siten pelkistetty kuin *Granqvistin* jäsennys esittää, sillä osa järjestöjen rahoituksesta on selvästi julkista. Sellaista on esimerkiksi järjestöille myönnetty raha-automaattiavustus palveluinvestointeihin. Ostaja saattaa kylläkin ostaa palvelun ilman julkista avustusta. Näyttäisi edellä olevan perusteella siltä, että *Granqvist* rinnastaa Raha-automaattiyhdistyksen julkisen sektorin palveluja täydentäväksi organisaatioksi. Tässä ajattelussa ei näytetä eroteltavan toisistaan Raha-automaattiyhdistystä ja järjestöjä.[194]

Sosiaali- ja terveyspalveluista voidaan tässä yhteydessä todeta, että ne eivät sijoitu ongelmitta yksityishyödykkeiden ryhmään, vaikka sellaisina niitä monissa tapauksissa käsitelläänkin. Yksityishyödykkeissä liiketoimet tapahtuvat kotitalouksien ja yritysten välillä. Tälle alueelle kuuluvat etenkin ne hyödykkeet, joiden kulutukseen yksilöiden preferenssit vaikuttavat voimakkaasti ja joiden tuntemus edellyttää yksilökohtaista informaatiota. [195]

Möttönen ja *Niemelä* käyttävät järjestöjen ja kuntien yhteistoimintaa pohtiessaan käsitettä *sopimusperusteinen* malli. Siinä tehtävät jaetaan tilaajille ja tuottajille, mutta siinä ei hyödynnetä kilpailua joko sen takia, että tarjolla ei ole vaihtoehtoisia tuottajia, tai kilpailuttamista ei muusta syystä pidetä tarkoituksenmukaisena. Viimeksi mainittua mallia voi kutsua työnjakomalliksi. Siinä sovitaan tuotteiden sisällöstä, määrästä, laadusta ja hinnasta. Sopimus perustuu keskinäi-

---

[192] Markkinoiden toimivuus II, s. 129–131.

[193] *Granqvist*, 1997, s. 68.

[194] Ks. *Granqvist*, 1997, s. 75 ss. Granqvist katsoo yhtenä yksityistämisen muotona olevan sen, että yksityistäminen täydentää julkiselle vaikutuspiirille (”sfären”) kuuluvaa toimintaa. Julkinen vaikutuspiiri tukee yksityistä toimintaa, jota harjoitetaan pääasiassa viimeksi mainitun toiminnan muotoilemissa puitteissa. Tällaiseksi yksityistämisen muodoksi Granqvist lukee erityisesti kehityksen, joka koskee vapaaehtoissektoriin toimintaa. Tähän sektoriin on tapana lukea myös organisaatiolaitos, jota kutsutaan voittoa tavoittelemattomaksi sektoriksi. Monet organisaatiot ovat saaneet kuitenkin puolijulkisoikeudellisen luonteen. Tällaiseksi hän lukee myös Raha-automaattiyhdistyksen.

[195] Ks. kollektiivihyödykkeistä ja yksityishyödykkeistä *Tuomala*, 1997, s. 66 ss.

seen luottamukseen, avoimuuteen sekä yhteiseen käsitykseen ja eettiseen perutaan.[196]

Tässä tutkimuksessa tarkastellaan järjestöjen toimintaa siten, että järjestöt palvelujen tuottajina ovat itsenäisiä suhteessa Raha-automaattiyhdistykseen, jolloin yhdistys on rahoittajan roolissa. Raha-automaattiavustuksen myöntää valtioneuvosto, joten lähtökohtaisesti avustus palvelun tuottamiseen on julkista rahoitusta. Tutkimuksessa pyritään arvioimaan myös sitä, millä edellytyksillä järjestö kuuluu yksityiseen tai mahdollisesti julkiseen sektoriin.

5.1 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUISSA NÄENNÄISMARKKINAT

Sosiaali- ja terveydenhuollon lakiin perustuva säätely on kehitetty 1960- ja 1970-luvun käsityksen pohjalta valtiokeskeiseksi. Historiallisen kehityksen seurauksena sosiaali- ja terveyspalvelujen julkinen tuotanto on keskittynyt kuntien ympärille hajautuneisiin tuotantoyksiköihin.[197] Alaa koskevan lainsäädännön perusvireenä oli viranomaisen normiohjaus ja julkisiin tukiin perustuva palvelujen tuottaminen. Markkinaehtoiseen toimintaan tämä malli sopii varsin huonosti. Kehitys kohti markkinaehtoisempaa toimintaa alkoi jo 1980-luvun alussa ja kiihtyi Suomen liittyessä Euroopan yhteisöön. Liittymisen jälkeen kilpailulainsäädäntöä ja julkisten hankintojen lainsäädäntöä on kehitetty aktiivisemmin vastaamaan EU:n vaatimuksiin.[198]

Kuntien valtuustojen poliittisilla voimasuhteilla ei ole suomalaisessa keskivertokunnassa suurta vaikututusta siihen, kuinka paljon yksityisiä ostopalveluita hankitaan sosiaalihuoltoon. Ostopalvelut riippuvat pikemminkin kuntakoosta kuin poliittisista voimasuhteista. Sosiaalipalvelun yritystoiminta on kasvanut eniten kunnissa, joissa yksityisten asiakaspalvelujen ostot muodostavat keskiarvoa suuremman osan kunnan käyttökustannuksista. Kuntien yksityiset ostopalvelut vaikuttavat luonnollisesti suoraan sosiaalipalvelualan yritystoiminnan vilkkauteen paikkakunnalla, sillä alan yritykset ovat riippuvaisia kuntien hankinnoista.[199]

---

[196] *Möttönen – Niemelä*, 2005, s. 170.

[197] Sosiaali- ja terveydenhuollon kokonaiskustannukset kyseisenä vuonna olivat 12,8 miljardia euroa. Julkisten palveluntuottajien osuus tästä oli noin 78 % ja yksityisten tuottajien eli yritysten ja järjestöjen loput 22 %.

[198] Ks. *Melin – Paunio*, Markkinoiden toimivuus II, 2001, s. 149.

[199] Kauppa- ja teollisuusministeriö, Yritystoiminta ja kuntien ostopalvelut sosiaali- ja terveydenhuollossa, KTM, Julkaisuja 25/2006, s. 16–17.

Sosiaali- ja terveyspalvelun markkinat on kuvattavissa näennäismarkkinoina. Niiden toimivuutta kuntatalouden ja erityisesti palvelujen kuluttajien eli kuntalaisten kannalta on arvioitu kriittisesti. Näennäismarkkinoiden ensimmäisenä tunnuspiirteenä pidetään yleensä sitä, että niitä säätelee julkinen valta tavalla tai toisella. Toisen tunnuspiirteen mukaan yksittäisten ja vapaiden kansalaisten, perheiden ja yritysten sijasta kunta kollektiivisena kulutusyksikkönä on näennäismarkkinoiden tavanmukaisin palvelujen hankkija tai ostettavien palvelujen määrittäjä. Kuntalaiset ilmaisevat tarpeensa kunnan poliittisessa prosessissa, missä ne poliittisen yhteisön toimesta jalostuvat kunnan hankintapäätöksiksi. Näennäismarkkinoiden kolmantena piirteenä on se, ettei palvelujen käyttäjän eli kuntalaisten tarvitse kulutushetkellä itse kustantaa nauttimaansa palvelua, sillä kunta järjestää rahoituksen joko maksamalla suoraan palveluntuottajalle tai antamalla asiakkaalle voucherin. Näennäismarkkinoiden neljännen tunnuspiirteen mukaan markkinoilla toimeksiannosta kilpailevat keskenään erilaiset palveluntuottajat, joista osa tavoittelee voittoa ja osa on voittoa tavoittelemattomia.[200]

Näennäismarkkinoilla on vielä viides tunnuspiirre, jonka mukaan näennäismarkkinoilla toimivat erilaiset palveluntuottajat ovat joko julkisesti tai yksityisesti omistettuja. Näennäismarkkinoiden tunnuspiirteet ovat tekijöitä, jotka erottavat näennäismarkkinat vapaista markkinoista.[201]

Näennäismarkkinoiden toimimattomuuskritiikki kohdistuu muun muassa siihen, että tilaajapäämiehenä kunta olisi motivoitunut toimimaan tilaajaominaisuudessa puhtaasti kuntalaisen eduksi, neutraalisuuden puutteesta kunnan oman yksikön ja ulkopuolisen tarjoajan välillä, markkinainformaation puutteesta, kannusteiden puutteesta ja kuntatalouden suunnittelujänteen lyhyydestä.[202]

Markkinamekanismi kunnan vastuulla olevissa sosiaali- ja terveyspalveluissa on sikäli komplisoitu, ettei varsinainen kuluttaja tee valintaa. Myöskin vouchereihin perustuvassa järjestelmässä asiakkaan valintamahdollisuus on rajallinen syystä, ettei vaihtoehtoisia palveluntuottajia ole olemassa taikka asiakas ei kykene itse tekemään valintaa. Valintaa asiakas tai potilas ei tee silloinkaan, kun kokee palvelun epätyydyttäväksi ja haluaisi vaihtaa toimittajan, vaan päätös uudesta toimittajasta, jos sellainen ylipäätänsä on olemassa, on kunnan vastuulla. Tätä ei poista sekään, että lainsäädännöllä ohjataan palvelun järjestävää viranomaista aikaisempaa enemmän kuuntelemaan asiakkaan tai potilaan mielipiteitä palvelusta.

---

[200] Terveydenhuoltopalveluissa yritysten osuus on vahva, sillä niiden osuus kaikista kustannuksista oli noin 17,5 %, kun järjestöjen osuus oli vain 4,9 %. Sen sijaan sosiaalipalveluissa järjestöjen osuus oli merkittävästi suurempi eli 17,1 % ja yritysten osuus 6,7 %. Ks. *Kauppinen – Niskanen*, 2005, s. 24 ss.

[201] Ks. *Valkama*, 2004, s. 53 ss.

[202] Ks. *Valkama*, 2004, s. 314 ss.

Kuntaan ja palveluja tuottavaan yritykseen kohdistuvan lainsäädännön normiohjauksen tulisi korvata markkinamekanismin puutetta. Asetelma on käytännössä joka tapauksessa uusi verrattuna toimintaan, jossa kunta on itse palvelujen tuottajana. Normi- ja viranomaisohjaus on samalla tavalla tarpeen kuin ne ovat välttämättömiä monopolitilanteessa. Tässä toimintarelaatiossa ei toimi samalla tavalla esimerkiksi allokatiivisen tehokkuuden idea kuin se toimii toimivassa kilpailussa. Normiohjausta merkitsee myös hankintalain sisältämä kilpailuttamisvelvoite.

Terveyspalvelujen keskeisin markkina-alue on kotimaa ja palvelujen vienti on vielä vähäistä. Suomen rajat ylittävästä palvelujen tarjonnasta ei tämän tutkimuksen yhteydessä ole ollut käytettävissä tietoja. Ainoastaan terveyspalvelujen osalta sisältyy kauppa- ja teollisuusministeriön ja TE-keskusten vuoden 2004 toimialaraporttiin terveyspalveluja koskeva lyhyt toteamus, jonka mukaan terveyspalvelujen tuotanto on pääosin paikallista ja alueellista toimintaa. Pk-yritysten toimintaympäristö ja kehitysnäkymät 2004 -tutkimuksen mukaan lääkäripalvelujen ja fysikaalisen hoidon vientiä ei tapahdu lainkaan ja vain kuusi prosenttia muita kuin lääkäripalveluja tai hammashoitoa tarjoavista yrityksistä vie palveluitaan Suomen rajojen ulkopuolelle. Vastaavassa sosiaalipalveluja koskevassa raportissa vientiä ei mainita lainkaan.[203]

Kansalliset rajat ylittäviä sosiaali- ja terveyspalveluja ei ilmeisestikään ole olemassa, vaikka kehitysnäkymiä niiden syntymiseen on.[204] Kilpailunrajoituslain perusteella tapahtuvassa tarkastelussa pääsääntönä on siten se, että relevanttien markkinoiden tarkastelu tulee suorittaa kansallisten markkinoiden näkökulmasta. Palvelujen kansalliseen järjestämiseen on syynä ollut sosiaaliturvajärjestelmää koskeva kansallinen lainsäädäntö, joka perustuu kuntakeskeisyyteen. Lainsäädäntö on periaatteessa ja myös käytännön syistä ohjannut palvelut kansallisille tuottajille silloinkin, kun siihen olisi ollut palvelujen saavutettavuuden puolesta muita mahdollisuuksia. Näin olisi voinut tapahtua erityisesti rajaseuduilla. On oletettavaa, että tässä suhteessa yhteisön viime vuosien laajentumisen seurauksena on tilanne muuttumassa.[205]

---

[203] *Partanen*, Terveyspalvelut s. 20 ja *Partanen*, Sosiaalipalvelut.

[204] Esimerkkinä kehittyvästä sosiaali- ja terveyspalvelujen yksityisestä tuotannosta on Carema Hoivapalvelut Oy, joka kuuluu osana pohjoismaiden suurimmista hoitoalan yrityksistä Carema Vård och Omsorg AB:hen. Koko konsernin liikevaihto oli vuonna 2004 noin 263 miljoonaa euroa ja henkilöstömäärä noin 4500. Carema Hoivapalvelut Oy:n omistaa pääomasijoitusyhtiö. Carema toimii pohjoismaissa vanhustenhuollon, mielenterveys- ja kehitysvammahuollon, perusterveydenhuollon, erikoissairaanhoidon ja työvoimapalvelujen alueilla. Carema, http://www.carema.fi, 20.5.2006.

[205] Kehityksen suuntaa voidaan arvioida kuitenkin mm. Euroopan unionin virallisen lehden täydennysosassa julkaistujen hankintailmoitusten perusteella. Tässä Ted-tietokannassa oli noin vuoden ajalta (päivitetty 12.10.2006) yksin Italian osalta kymmeniä kuntien kyseisiä palveluja koskevia hankintailmoituksia, mm. lasten ja nuorten sosiaalipalveluista (CPV 85311300), sosiaalityöstä

Kunnat tuottavat valtaosan palveluistaan viranomaisroolissaan eivätkä ne siten kilpaile keskenään. Kunnat eivät tässä roolissa ole kilpailulainsäädännön mukaisia elinkeinonharjoittajia taikka yrityksiä, joten ne eivät aikaansaa toiminnallaan tässä mielessä markkinoita. Markkinaehtoisen toiminnan kehityksen kannalta kuntien mahdollisuus päättää palvelujen järjestämistavasta on merkittävin yksittäinen tekijä. Käytännössä kuntien ja kuntayhtymien palvelutuotanto on muodostanut alueellisia palvelumonopoleja, vaikka kilpailusääntöjä kuntiin ei edellä kuvatussa tilanteessa sovelletakaan.

Tarkasteltaessa kuntien ulkopuolisia ostopalveluja, on nähtävissä, ettei ostopäätöksiä ole ohjannut tavoite markkinoiden tehokkuuden hyödyntämisestä, jotta käytettävissä olevilla varoilla voitaisiin aikaansaada mahdollisimman paljon palveluja tai säästää kunnan varoja. Ohjaavana tekijänä ovat olleet perinteisestä toimintatavasta kiinni pitäminen, praktiset perusteet ja myös ideologiset kysymykset. Praktisia perusteita ovat mm. ammattitaitoisen henkilöstön saamisen vaikeudet kunnan palvelukseen ja kuntien oman väen vastarinta. Kilpailua sosiaali- ja terveyspalveluissa on pidetty palvelujen logiikalle ja tavoitteille vieraana.[206]

Kunnat eivät ole tutkimuksen yhteydessä toteutetun kuntaselvityksen aikaan (vuonna 2004) vielä soveltaneet kovinkaan laajasti hankintalainsäädäntöä. Kunnat näyttävät kokevan kilpailuttamisen varsin usein ulkopuolelta tulevaksi pakoksi ja tarpeettomaksi. Kilpailuttamisen edellytyksinä pidetään palvelun jonkinasteista tuotteistamista. Kuntaliiton kuntaselvityksessä tuotteistuksella tarkoitettiin palvelun määrittelyä niin, että sille voidaan laskea kustannukset, hinnoitella se ja käydä sillä kauppaa.[207] Sosiaali- ja terveyspalveluiden tuotteistus ja hinnoittelu näyttää olevan vastanneille vierasta, vaikka kaikki laboratorio- ja radiologiapalvelut on tuotteistettu ja suurin osa kliinisistä laboratorioista on myös

---

ja siihen liittyvistä palveluista (CPV 85320000, 85300000), päivähoitopalveluista (CPV 85312100) ja vammaishuoltopalveluista (CPV 85311200). Vertailun vuoksi voidaan todeta, että vastaavia ilmoituksia ei ollut jätetty helmikuun ja lokakuun välisestä ajanjaksolta Suomesta yhtäkään. Tämä johtuu ilmeisestikin siitä, ettei kyseisenä ajankohtana voimassa ollut hankintalaki edellyttänyt yhteisön tason ilmoittamista.

[206] *Myllymäki*, 2003, s. 57.

[207] Sosiaalitoimessa noin neljäsosa kunnallisista palveluntuottajista vastaa laskeneensa kuitenkin toiminnan kustannukset niin, että kustannuksia ja palveluja voidaan kuntien mielestä verrata markkinoilla oleviin palveluihin ja niiden hintoihin. Kun mukaan otetaan kunnat, jotka suunnittelevat kustannuslaskennan aloittamista, tulee sosiaalitoimesta noin 40 % kustannuslaskennan piiriin. Kunnallisessa (perus)terveydenhuollossa on vain 10 % tuottajista laskenut kustannuksensa ja 16 % suunnittelee tekevänsä niin lähiaikoina. Erikoissairaanhoidossa kunnille myytävien palvelujen tuotteistus ja laskutus on toteutettu kaikissa sairaanhoitopiireissä joko itsenäisesti tai käyttämällä Kuntaliiton omistamaa NordDRG-järjestelmää (käytössä tai suunnitteilla 13 sairaanhoitopiirissä kattaen noin 2/3 kaikista hoitojaksoista). Vuoden 2004 alusta käytettävissä on myös polikliinisen toiminnan sisältävä palvelutuotteistus. Kaikille näille palveluille on laskettu suhteelliset kustannukset, joita sairaanhoitopiirit voivat käyttää hinnoittelun apuna. Ks. *Linnakko*, s. 68–69.

hinnoitellut tutkimukset. Tämä tuotteistus toimii myös kansaneläkelaitoksen korvaustaksan perustana. Myös erikoissairaanhoidon palvelujen tuotteistus ja hinnoittelu näyttää olevan vastaajille jokseenkin tuntematon, vaikka sitä ovat sosiaali- ja terveysministeriön asettamat selvitysmiehet suositelleet otettavaksi käyttöön kaikissa kunnissa erikoissairaanhoidon kuntalaskutuksen perustaksi. Toisaalta tiedetään, että perusterveydenhuollon lääkäripalvelut ja vastaanottotoiminta on harvoin tuotteistettu tai hinnoiteltu, koska yhtenäinen tuotteistusluokitus puuttuu.

5.2 YKSITYINEN TARJONTA LISÄÄNTYY HITAASTI

Yhtenä esteenä on selvästikin eri palvelulajeja tarkastellen yksityisen tarjonnan puute. Alalle tulon kynnys on monilla investointeja vaativilla aloilla varsin korkea. Suuria investointeja vaativat palvelut ovat selvästikin kehittyneet hitaasti. Vastaavasti yritykset ja toimipaikat ovat lisääntyneet sellaisissa palveluissa kuin fysikaalinen hoito ja kotipalvelut, joissa investointitarve on vähäinen. Markkinoiden kehittymisen kannalta olisikin positiivista, mikäli investoinneista vastaisivat julkisyhteisöt itse taikka jokin kolmas taho siten, ettei investointiriski olisi palveluntuottajalla. Sosiaali- ja terveyspalvelujen lupakäytäntö ei sen sijaan ole periaatteellisena esteenä yritysten syntymiselle.[208]

Myös kuntien julkisen hankintatoimen tavoitteiden kannalta olisi ideaalista, että sosiaali- ja terveyspalveluissa olisi toimivat markkinat. Tämä merkitsisi sitä, että markkinoilla olisi enemmän kuin yksi kuluttajan kannalta vaihtoehtoisen palvelun tarjoaja. Julkisten hankintojen kilpailutuksen ideana on se, että useat toimittajat kilpailevat samoista hankintayksikön tai hankintayksiköiden toimituksista. Tehokkuus ilmenee tehokkuutena tuottaa palvelut tai tavarat mahdollisimman pienin kustannuksin tilaajan märittelemän laadun mukaisesti. Todellisessa kilpailussa myös laadun odotetaan kehittyvän. Tehokkuus vaikuttaa ideaalitilanteessa palvelujen määrän lisääntymisenä tai käytettävissä olevien rahojen säästymisenä muuhun käyttöön.

Kunnat hankkivat joka tapauksessa enenevässä määrin lakisääteiselle järjestämisvastuulle kuuluvia palveluita ostopalveluina, joten niiden toiminta on markkinoiden kehittymisessä ratkaiseva. Kuntiin ei niiden toimiessa palvelujen ostajina sovelleta kilpailusääntöjä. Kunnilla on käytännössä ostomonopoli alueellaan, mutta markkinoiden toimivuuden kannalta tiheää kuntarakennetta voidaan pitää positiivisena tekijänä.

---

[208] Tiedot perustuvat pääsoin selvitykseen *Kauppinen – Niskanen,* 2005. Ks. tiivistelmä s. 5–8.

Huolimatta markkinoiden kehitystä hidastavista tekijöistä on yksityinen palvelutarjonta lisääntynyt viime vuosikymmen puolivälin jälkeen vähitellen. Yksityisiä terveydenhuollon palveluntuottajia oli vuonna 2002 lähes 3 000 ja itsenäisiä ammatinharjoittajia noin 8 100. Määrä on noussut keskimäärin 120:llä vuosittain.[209]

Maantieteellisten markkinoiden kannalta on havaittavissa palvelujen tarjonnassa alueellisia vaihteluita. Sosiaalipalveluissa yksityisen palvelutuotannon osuus on selvästi suurin Uudellamaalla, jossa lähes 30 % sosiaalipalvelujen työvoimasta työskenteli vuoden 2002 lopussa järjestöissä ja yrityksissä. Pienimmät osuudet olivat Ahvenanmaalla, Keski-Pohjanmaalla ja Pohjanmaalla, joissa sosiaalipalvelujen henkilöstöstä alle 16 % työskenteli yksityisellä sektorilla. Järjestöjen osuus työvoimasta oli selvästi suurin Uudellamaalla ja Kymenlaaksossa. Myös terveyspalveluissa on yksityisen palvelutuotannon osuus selvästi suurin Uudellamaalla, jossa 23,4 % työvoimasta työskenteli järjestöissä ja yrityksissä.[210]

Tuotemarkkinoiden kannalta tarkasteltuna ostopalvelut joko yleishyödyllisiltä yhdistyksiltä tai yksityisiltä tuottajilta ovat merkittävä vaihtoehto lasten ja nuorten laitoshoidon (61 % kunnista), vanhusten (69 % kunnista) ja vammaisten (48 % kunnista) asumispalveluiden sekä päihdehuollon (48 % kunnista) järjestämisessä. Kysely osoittaa, että järjestöjen tuottamat palvelut ovat merkittävässä roolissa vanhustenhuollossa (44 % kunnista), vammaisten asumispalveluissa (28 % kunnista) ja päihdehuollon palveluissa (32 % kunnista). Lasten ja nuorten laitoshoito (38 % kunnista) ja vanhusten asumispalvelut (25 % kunnista) nousevat merkittävään rooliin ostopalveluina yksityisiltä yrityksiltä.[211]

Järjestöjen rooli on ollut perinteisesti merkittävä. Yritystoiminnan kehittymättömyyttä osoittaa myös se, että vain harvoilla palvelualoilla on olemassa merkityksellistä maan kattavaa toimintaa. Tällaisia alueita ovat lähinnä vain lasten päivähoito- ja kotipalvelutoiminta sekä lasten ja nuorten laitoshuolto ja perhehoito, joissa kynnys yrityksen perustamiseen on matala.[212]

Yksityisen tarjonnan kehittymisen voi arvioida olevan terveyspalveluissa nopeampaa kuin sosiaalipalveluissa. Kansallisesti tarkastellen vain muutamat isot lääkärikeskukset ovat viime vuosien aikana levittäytyneet maantieteellisesti useampiin kasvukeskuksiin ja laajentaneet toimintaansa yritysostoin.[213]

---

[209] Ks. *Kauppinen – Niskanen*, s. 47.
[210] *Kauppinen – Niskanen*, 2005, s. 5–7.
[211] *Linnakko*, s. 65.
[212] *Kauppinen – Niskanen,* 2005, raportin liitteet sisältävät eri palvelulajeista yksityiskohtaiset tilastot.
[213] STAKESin raportissa on analysoitu vain varsinaisia palveluntuottajia, joiden määrä 1990-luvulla on vaihdellut, mutta on muutamana viime vuonna selvästi kasvanut. Tuottajien määrä on lisääntynyt keskimäärin 120:llä vuosittain. Suurin osa yksityisistä terveyspalvelujen tuottajista on

Hyvinvointipalvelujen tuotannon tuottavuutta (tuotokset suhteessa panoksiin) on vaikea arvioida ja mittarit ovat parhaimmillaankin karkeita. Edellä olevien tutkimusten ja selvitysten mukaan puutteet johtuvat ainakin osaksi julkisten palvelujen tuotoksen, laadun ja arvon määrittämiseen liittyvistä ongelmista ja osaksi tietoja antavien organisaatioiden seurantajärjestelmien puutteista. Tehokkuuden parantaminen ei merkitse aina sairaan- ja terveydenhoidon henkilöstön kuormittamista entistä enemmän. Kyse ei ole aina riittämättömistä resursseista vaan palvelurakenteesta, toimintamenettelyissä, johtamisessa ja organisoinnissa olevista puutteista, joiden takia tehdään päällekkäistä, palveluja tarvitsevan asiakkaan kannalta tarpeetonta ja kustannuksia lisäävää työtä. Tehokkuusnäkökulman tärkeimpänä tavoitteena onkin löytää laadultaan ja kustannuksiltaan parhaat toimintamallit kasvavan palvelutarpeen tyydyttämiseksi kestävällä tavalla.[214]

5.3 JULKISILLA AVUSTUKSILLA MARKKINOITA OHJAAVA VAIKUTUS

Raha-automaattiyhdistyksen avustuksia koskevan arpajaislain mukaan avustuksia voidaan myöntää vain yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille. Merkittävä kysymys myös tässä yhteydessä on se, millaisessa roolissa tulevaisuudessa ovat yleishyödylliset sosiaali- ja terveysjärjestöt ja niille julkiseen palvelutoimintaan suoraan tai epäsuorasti ohjautuva tuki. Järjestöjen mahdollisuus toimia palvelujen tuottajina on tästä johtuen merkittävästi yrityksiä parempi, sillä avustus on kattanut merkittävimmän osan palvelutoiminnan tarvitsemista investoinneista. Tämä on ollut mahdollista siksi, ettei järjestöjä ole pidetty yrityksen kaltaisina toimijoina, vaan julkista palvelutuotantoa täydentävinä kunnan yhteistyökumppaneina.

Vuosikymmenet järjestöjen rooli on ollut merkittävä ja niiden toiminta on koettu tarpeelliseksi monilla palvelualoilla. Merkityksetöntä ei ilmeisestäkään ole ollut se, että monet suuria investointeja tarvitsevat palvelumuodot ovat saaneet avustuksia Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista avustusten keventäessä kunnan kustannustaakkaa. Järjestöjen roolia on nyt kyseenalaistamassa se, ettei avustuksilla saakaan olla häiritseviä vaikutuksia kilpailuun ja markkinoiden toi-

---

yrityksiä. Poikkeuksena on se, että yksityisistä sairaaloista merkittävä osa on järjestöjen omistamia. Palveluntuottajan toimiala voi olla esimerkiksi lääkäri-, laboratorio-, kuvantamis- tai fysioterapiapalvelu, yksityissairaala tai kaikki mainitut samanaikaisesti. Yksityisten terveyspalvelujen tuottajien yleisin toimiala on fysioterapia. Ks. *Kauppinen – Niskanen*, 2005, s. 54.

[214] Organisaatio- ja tuotantokeskeisestä ajattelutavasta tulisi voida siirtyä asiakaslähtöiseen palvelujen järjestämismalliin, jossa keskeisiä kriteereitä ovat palvelujen saatavuus, hyvä laatu ja taloudellisuus. Vrt. Hyvinvointipalvelujen turvaaminen, s. 20–22.

mintaan. Tämä on aiheuttanut myös tulkintaongelmia sen suhteen, miten avustukset olisi otettava huomioon kunnan järjestämässä kilpailutuksessa. Raha-automaattiavustusten on katsottu kannustaneen palvelujen suoriin hankintoihin järjestöiltä. Myös eräiden muiden voittoa tavoittelemattoman sektorin tukimuotojen, kuten työvoimapoliittisten tukien, kuntien avustusten voittoa tavoittelemattomalle sektorille ja verotuskohtelun, sanotaan vääristävän kilpailua.[215]

Raha-automaattiavustusten on nähty olevan yksityisten yritysten markkinoille tulon esteenä. Siksi kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksen ehdotuksissa esitettiin, ettei Raha-automaattiyhdistyksen avustuksia saa myöntää kilpailluille toimialoille tai kuntien lakisääteisiin menoihin. Julkinen tuki ei saisi myöskään kohdistua palveluntuottajalle, vaan ensisijaisesti asiakkaalle. Jos avustuksia myönnetään suoraan palveluntuottajalle, on niiden oltava yhtäläisesti kaikkien samoilla relevanteilla markkinoilla toimivien tuottajien saatavilla. Tutkimuksessa ehdotettiin myös sitä, että asumispalveluissa investointitukia olisi myönnettävä ainoastaan yleishyödyllisille osakeyhtiöille, jotka ovat erikoistuneet kiinteistöjen rakentamiseen ja ylläpitoon. Raha-automaattiyhdistyksen investointiavustuksia jo saaneet kiinteistöt olisi liitettävä suuremmiksi kokonaisuuksiksi tai osaksi jo olemassa olevia yleishyödyllisiä osakeyhtiöitä. Raha-automaattiyhdistyksen avustuksia ei tulisi myöntää kotipalveluntuottajille, vaan ne olisi suunnattava palveluseteleinä tai jälkikäteiskorvauksena Kansaneläkelaitoksen tai kuntien kautta erityisryhmille. Samalla tavalla myös kuntoutuspalvelun tuottajille suunnattavat avustukset voitaisiin jakaa Kansaneläkelaitoksen kautta suoraan tukea tarvitseville asiakkaille.[216]

5.4 KOKOAVIA JOHTOPÄÄTÖKSIÄ

Raha-automaattiavustuksia saavien järjestöjen kilpailuoikeudellisen arvioinnin tarve syntyi vähitellen 1990-luvun puolivälin jälkeen, kun Suomi oli liittynyt Euroopan yhteisöön. Samanaikaisesti Suomen taloutta vaivasi syvä lamakausi, jonka seurauksena valtiovalta kiinnostui yritystoiminnan kehittämisestä myös sosiaali- ja terveyspalveluissa. Julkisen sektorin säästötoimet olivat vapauttaneet myös ammattitaitoista henkilöstöä julkisyhteisöistä, mikä synnytti osaltaan yksityistä yritystoimintaa. Samalla kunnat ovat vähitellen kiinnostuneet palvelujen järjestämisestä myös markkinaehtoisesti. Tämän tutkimuksen kannata merkittä-

---

[215] Ks. *Melin – Paunio*, Markkinoiden toimivuus II, 2001, s. 150–155. Edellä mainitun tutkimuksen johtopäätökset tukevat pääosin sitä vaihtoehtoa, että markkinaehtoista palvelutuotantoa tulisi lisätä.

[216] Ks. *Melin – Paunio,* Markkinoiden toimivuus II, 2001, s. 163 ss.

vin lisä oikeusjärjestyksessämme oli 1990-luvun alkupuolella hankintalain säätäminen. Vaikka kunnat reagoivatkin paljon myöhemmin, hankintalaki velvoitti julkisyhteisöt kilpailuttamaan myös sosiaali- ja terveyspalveluhankinnat.

Yleisessä elinkeinotoimintaa koskevassa lainsäädännössä on tapahtunut muutoksia, jotka koskevat myös järjestöjä. Tämä on tapahtunut ilmeisestikin siitä syystä, että järjestöt (myös muut kuin sosiaali- ja terveysjärjestöt) ovat käytännössä harjoittaneet oikeudellisesti elinkeinotoiminnaksi luettavaa toimintaa.

Vaikka palvelujen tuottaminen on edelleenkin kuntakeskeistä, jo 1980-luvulta alkaen sosiaalilainsäädäntöä (muun muassa STVOL) on kehitetty siten, että palvelujen hankkiminen myös yksityisiltä palveluntuottajilta on tullut mahdolliseksi. Sen lisäksi, että palvelujen hankkiminen ostosopimuksin kunnan ulkopuolelta on tullut mahdolliseksi, lainsäädäntöä on kehitetty siten, että asiakkaan tai potilaan asema ja edut voidaan entistä paremmin turvata. Tätä tavoittelevat sosiaalihuollon asiakkaan tai terveydenhuollon potilaan turvaksi annetut säädökset sekä palveluja tuottavien laitosten valvonnasta annetut säännökset.

Merkittävä yleistä markkinaehtoistumista seuraava muutos tapahtui Raha-automaattiyhdistyksen avustustoimintaa sääntelevässä laissa vuoden 2002 alusta, kun sillä määrättiin avustusharkintaa tehtäessä otettavaksi huomioon avustuksen myöntämisen kilpailu- ja markkinavaikutukset sekä yhteisön julkisia tukia koskevat säännökset.

Viime vuosikymmenten yhteiskunnalliset ja oikeudelliset muutokset ovat olleet omiaan aiheuttamaan myös vaikeasti hallittavia lainsäädännön soveltamisongelmia. Vaikka lainsäädännön muodostamat rakenteelliset esteet markkinoiden kehittymiseltä poistettaisiinkin, käytännössä sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinat kehittyvät hitaasti. Sosiaali- ja terveyspalveluissa on nähtävissä tuotealueita, joissa asiakaskunnan vähäisyydestä johtuen on toiminnan volyymi jopa koko maassa yhteensä siten vähäinen, ettei useamman palveluntuottajan toiminnalle ole taloudellisia edellytyksiä. Kuntakeskisyys ja kuntien suuri lukumäärä ovat tässä suhteessa markkinoiden kehittymisen esteitä. Palvelutuotannon keskittämiselle olisi perusteita sekä yrityksien että julkisyhteisöjen kannalta. ”Näennäiskilpailuttaminen” ei ole julkisten varojen säästämisen kannalta toimiva ratkaisu.[217]

Järjestöt ovat huolehtineet monissa tapauksissa palveluista, joita ei ilman järjestöjen aktiivisuutta olisi ehkä syntynytkään, tai joita ei olisi ollut taloudellisten resurssien puuttuessa mahdollista aikaansaada. Sosiaali- ja terveysjärjestöt ovat

---

[217] HE 50/2006 vp, s. 15. Palvelumarkkinoiden kypsymättömyyteen, järjestöjen palvelutarjontaan liittyviin kysymyksiin, sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttamisen strategisen suunnittelun vajavaisuuteen, palvelujen sisällön ja laatutason määrittelyyn liittyviin ongelmiin sekä tietotaidossa oleviin puutteisiin on kiinnitetty huomiota myös hankintalakia koskeneessa hallituksen esityksessä.

nyt sekä kansallisen sosiaalilainsäädännön että Euroopan yhteisön sisämarkkina- ja kilpailusääntöjen soveltamisessa yritysten kanssa yhtäläisessä asemassa. Tästä syystä ei järjestöjen perinteinen kumppanuus kunnan kanssa voi jatkua. Tosiasia lienee myös se, että järjestöjen mahdollisuudet toimia palvelujen tuottajina ilman julkisia tukia ovat varsin rajalliset.

Yhdistyslaki rajaa periaatteessa järjestöjen mahdollisuuden toimia palveluntuottajana vain silloin, kun toiminta toteuttaa yhdistyksen aatteellista tarkoitusta. Järjestön yritysmäinen toiminta tällaisessakin tilanteessa tekee mahdolliseksi sen, että yritykseen sovellettavat markkinaoikeuden säännökset tulevat sovellettaviksi myös siihen. Mikäli laajalla palvelujen myynnillä on tarkoitus hankkia varoja yhdistyksen aatteellisen toiminnan ylläpitämiseksi, ei ole olemassa erityisiä oikeudellisia perusteita asettaa yhdistystä eri asemaan samanlaista toimintaa harjoittavan yrityksen kanssa.

Kilpailulainsäädännön kanssa osittain samaa taustalogiikkaa edustaa myös verolainsäädäntö. Tätä näkökohtaa ei tässä tutkimuksessa ole tarkoitus erityisesti selvittää. Yleishyödyllinen yhteisö on tuloverolain 23 §:n perusteella verovelvollinen vain elinkeinotulosta. Laissa on mainittu erityisesti poikkeukset, joissa yhteisön tuloa ei pidetä elinkeinotulona. Tällaista on muun muassa arpajaisten järjestämisestä, myyjäisistä, huvitilaisuuksista ja sellaisten yhteydessä harjoitetusta tarjoilutoiminnasta saatu tulo.[218]

Verolainsäädännön lähtökohtana on palvelujen tuottajien neutraali kohtelu. Periaate johtaa lopulta siihen, että palvelujen tarjoajat voivat hinnoitella tuotteensa samanlaisin perustein. Veronhuojennuksen alkuperäinen idea oli, että yhteiskunnan on järkevää tukea tärkeänä pidettävää yleishyödyllistä toimintaa verohelpotusten muodossa, jottei sen tarvitsisi järjestää sitä itse tai tukea sitä jollain muulla tavalla. Kilpailunäkökohtien kannalta tämä periaate ei enää toimi. Verolainsäädännön mukaan huojennus voidaankin antaa kilpailullisessa tilanteessa vain sellaisesta myyntitoiminnasta, joka ei aiheuta vähäistä suurempaa haittaa kilpailuasetelmaan. Nämä johtopäätökset voidaan tehdä kilpailulainsäädännön sekä toisaalta tuloverolain 22 ja 23 §:n rinnakkaisessa tarkastelussa.[219]

---

[218] Ks. verotuksesta ja kilpailuneutraliteetista *Romppainen*, 2004.

[219] Vrt. tuloverolain 22 §, jonka mukaan yhteisö on yleishyödyllinen, jos 1) se toimii yksinomaan ja välittömästi yhteiseksi hyväksi aineellisessa, henkisessä, siveellisessä tai yhteiskunnallisessa mielessä, 2) sen toiminta ei kohdistu vain rajoitettuihin henkilöpiireihin, ja 3) se ei tuota toiminnallaan siihen osalliselle taloudellista etua osinkona, voitto-osuutena taikka kohtuullista suurempana palkkana tai muuna hyvityksenä. Yleishyödyllisenä yhteisönä voidaan lainkohdan 2 momentin mukaan pitää mm. yhteisöä, jonka tarkoituksena on sosiaalisen toiminnan harjoittaminen. Vaikka verolain mukaisessa tulkinnassa on vaikea noudattaa yhdistyslain mukaista yhdistyskäsitettä, sisältää tuloverolain 22 §:n yhdistyksen käsite aatteellisen yhdistyksen peruselementit. Nämä tulevat arpajaislain 22 §:n johdosta otettaviksi huomioon myös Raha-automaattiyhdistyksen avustuskäytännössä. Ks. myös *Myrsky*, 2003, s. 41 ss.

Hankintalain perusteella tapahtuvan kilpailuttamisen ensisijaisena kansallisena tavoitteena on julkisten varojen tehokas käyttö. Markkinoiden toimimattomuudesta johtuen kilpailuttamisella on aikaansaatavissa todellisia tehokkuushyötyjä vain harvoilla sosiaali- ja terveyspalvelujen tuotealueilla. Kilpailuttamisen tavoitteena on kuitenkin myös turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia palvelujen tarjoamiseen. Tämän tulisi johtaa myös markkinoiden kehittymiseen. Yrityksillä ei ole kuitenkaan kiihokkeita palvelujen tarjoamiseen kaikilla niillä maantieteellisillä ja tuotealueilla, joilla sosiaalilainsäädäntö takaa kaikille solidaarisuusperiaatteeseen perustuvat sosiaali- ja terveyspalvelut. Yritysten kiinnostus osallistua kilpailuun saattaa kohdistua vain alueisiin, joiden asukkailla on riittävästi maksupotentiaalia, yleensä ns. ruuhka-Suomeen. Tarvitaan siten julkisen vallan väliintuloa tavalla tai toisella.

Edellä olevista syistä tämän tutkimuksen jatkossa on tavoitteena selvittää oikeudellisia mahdollisuuksia ja vaihtoehtoja, joilla viranomaistaho voisi puuttua markkinoiden toimimattomuuteen siten, että perusoikeutena turvatut sosiaali- ja terveyspalvelut voitaisiin järjestää muutoinkin kuin kunnan omana toimintana. Samalla tarkastellaan sitä, millä edellytyksillä raha-automaattiavustukset voisivat olla käytettävissä sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä. Myös seuraavassa luvussa pidetään mukana kysymys järjestöjen erityisasemasta, vaikka tähän saakka tutkimuksessa tehdyt johtopäätökset ovat kaventaneet merkittävästi liikkumavaraa järjestöjen erityisaseman osalta.

6 EY:n oikeus ja järjestöjen julkiset tuet

Valtiontukijärjestelmä muodostaa varsin monisäikeisen kokonaisuuden.[220] Valtion tukitoimia koskevat yhteisön perustamissopimuksen 87–89 artiklat, jotka kohdistavat velvoitteensa lähinnä jäsenvaltioille, muodostavat yhden osan yhteismarkkinoiden toimintaa säätelevässä kilpailuoikeudessa. Julkisia yrityksiä koskeva 86 artikla on tässä suhteessa jonkinlainen leikkauskohta, jossa velvoitteen kohteena ovat yhtä lailla niin julkinen valta kuin yrityksetkin.[221]

Valtiontukea koskevan perustamissopimuksen perusteella annettu sekundaarioikeus on tätä tutkimusta tehtäessä kehittämisen kohteena. Pyrkimyksenä kehittämistyössä on vähentää muun muassa tukien yleistasoa suhteessa BKT:hen, vähentää ja poistaa tukia, joilla on vääristävä vaikutus, suunnata tuet uudelleen horisontaalisten tavoitteiden mukaisesti, kehittää tukien etu- ja jälkikäteisarviointijärjestelmiä ja parantaa selvitysten avoimuutta ja laatua.[222] Komission voimassa olevat linjaukset ja monet jäljempänä esitetyt asetukset uusitaan.[223]

Seuraavassa tarkastellaan Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettävien avustusten suhdetta valtiontukia koskeviin säännöksiin. Näitä avustuksia

---

[220] Tutkimuksen loppuvaiheessa ilmestyi artikkeli, joka kuvaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä vuosien 2005 ja 2006 aikana. Tämän tutkimuksen sisältöä on voitu eräiltä osin täydentää artikkelin perusteella. Ks. The Case Law of the European Court of Justice and the Court of First Instance on State Aids in 2005/2006 (*Part I*).

[221] Ks. *Joutsamo ym.*, s. 603.

[222] Ks. Komission tiedonanto neuvostolle, Valtiontukien vähentämisestä ja uudelleen suuntaamisesta, seurantakertomus, s. 2.

[223] Näitä ovat: Komission asetus (EY) n:o 1998/2006, annettu 15 päivänä joulukuuta 2006, perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta vähämerkityksiseen tukeen (EYVL, L 377, 28.12.2006, s. 5), komission asetus (EY) N:o 70/2001, annettu 12 päivänä tammikuuta 2001, EY:n perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta pienille ja keskisuurille yrityksille myönnettyyn valtiontukeen (EYVL, L 10, 13.1.2001, s. 33), komission asetus (EY) N:o 68/2001, annettu 12 päivänä tammikuuta 2001, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta koulutustukeen (EYVL, L 10, 13.1.2001, s. 20), komission asetus (EY) N:o 2204/2002, annettu 12 päivänä joulukuuta 2002, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta työllisyystukeen (EYVL, L 33, 13.12.2002, s. 3), yhteisön puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön myönnettävälle valtion tuelle (EYVL, C 45, 17.2.1996, s. 5), alueellisia valtiontukia koskevat suuntaviivat (EYVL, C 74, 10.3.1998, s. 9), ympäristönsuojeluun myönnettävää valtiontukea koskevat yhteisön suuntaviivat (EYVL, C 37, 3.2.2001, s. 3), komission tiedonanto – Valtiontuki ja riskipääoma (EYVL, C 235, 21.8.2001, s. 3). Lisäksi on valmisteilla pk-yrityksille myönnettävää tutkimus- ja kehitystukea koskeva poikkeus.

Komissio on julkaissut myös Yhteisön suuntaviivat valtiontuesta ympäristönsuojelulle (EYVL, C 37, 3.2.2001, s. 3) ja Kalastus ja vesiviljelyalan valtiontukien tarkastamista koskevat suuntaviivat (EYVL, C 19, 20.1.2001, s. 7).

säätelee erityisesti raha-automaattiavustuksista annettu laki (1056/2001) eli avustuslaki. Pääkysymys tarkastelussa on se, ovatko raha-automaattiavustukset yhteisön oikeuden sääntelemää julkista tukea, ja mikäli vastaus on myönteinen, onko niillä erityisasemaa yhteisön tukisäätöjen soveltamisessa.

6.1 VALTION TUKI EY:N OIKEUDESSA

6.1.1 Tukien kielto sekä perustamissopimuksen vapausoikeudet

Siikavirta on nimittänyt *valtiontueksi* toimenpiteitä, jotka on todettu perustamissopimuksen 87 artiklan kohdassa, olivat ne sitten kiellettyjä tai sallittuja. Julkisesta tuesta puhutaan silloin, kun toimenpide ei ole 87 artiklan mukaan oikeudellisesti valtiontuki tai puhuttaessa yleensä mahdollisista keinoista ilman tarvetta oikeudelliseen määrittelyyn.[224] Tämä terminologia on tarkoituksenmukainen myös tässä tutkimuksessa.

Tukitoimen määritelmä sisältyy sopimuksen 87 artiklan 1 kohtaan, jonka mukaan ”*Jollei tässä sopimuksessa toisin määrätä, jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu yhteismarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan*.” Määritelmä on pilkottavissa neljään eri osatekijään siten, että 1) kyseessä on oltava valtion jossain muodossa myöntämä tuki, 2) tuki vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotain yritystä tai tuotannonalaa, 3) se ei sovellu yhteismarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, ja 4) että tuki on myönnetty yritykselle tai tuotannonalalle.[225]

Valtion tukitoimen lähteenä voi olla 87 artiklan 1 kohdan mukaan keskus-, alue- tai paikallishallintoyksikkö, alueellinen tai paikallinen julkisviranomainen tai julkinen yritys. Joskus voi vallita myös tilanne, jossa yksityisoikeudellinen yksikkö on määrätty hallinnoimaan julkisen vallan tukitoimien myöntämistä.[226] Valtion tukea voi olla myös valtion määräysvallassa olevan yhteisön välityksellä myönnetty tuki.[227] Sen sijaan yhteisön budjetista lähtöisin olevat tukitoimet (mm.

---

[224] *Siikavirta*, 2006, s. 96.

[225] Ks. Asia C-142/87, *”Tubemeuse”,* k. 25, joka edellyttää, että kaikki 92 (nykyisin 87) artiklan 1 kohdassa edellytetyt vaatimukset täyttyvät. Vastaava ratkaisu on yhdistetyissä asioissa C-278/92 ja C-280/92, *Espanja v. komissio*, k. 20 ja asia C-482/99, *Ranska v. komissio*, k. 68.

[226] Yhdistetyt asiat C-67/85, 68/85 ja 70/85, *Kwekerij Gerboeders Van der Kooy BV ja muut v. komissio,* k. 35. Tapauksessa oli kysymys Alankomaiden valtion suoraan tai epäsuorasti 50-prosenttisesti omistamasta yksityisoikeudellisesta energiayhtiöstä, joka noudatti puutarhatalouden alalla (kasvihuoneissa) normaalisti soveltamaansa alhaisempaa tariffia.

[227] Yhdistetyt asiat C-67/85, 68/85 ja 70/85 *Kwekerij Gerboeders Van der Kooy BV* ym, k. 3, 37 ja 38.

rakennerahastosta tulevat tuet) eivät kuulu 87 artiklan mukaisen kontrollin piiriin. Niiden käyttöä säätelee yhteisön aluepolitiikka.[228]

Tukitoimen käsitettä ei ole 87 artiklan 1 kohdassa määritelty tyhjentävästi. Yhteisöjen tuomioistuin on määritellyt tuen käsitteen suoraksi tai epäsuoraksi saajan taloudelliseksi eduksi, mihin ei olisi ollut oikeutta normaalisti liiketoiminnassa.[229] Esimerkiksi avun antamisen sosiaalinen tarkoitus ei ole ratkaisevaa, vaan taloudellinen lopputulos.[230] Tuen tarkoituksella tai tavoitteella ei siten ole merkitystä, vaan sen vaikutuksella.[231] Tukisäännöistä vapauttavina tavoitteina ei hyväksytä kuluttajien tukemista ja siihen liittyviä sosiaalisia tarkoituksia, koska tukea arvioidaan sen todellisen vaikutuksen eikä ilmoitetun päämäärän perusteella.

Tuomioistuin on pääpiirteissään määritellyt tuen käsitteen siten, että tukitoimi (”*aid*”) on laajempi käsite kuin tukipalkkio (”*subsidy*”). Tuen käsite on yleisluonteisempi kuin avustuksen käsite sen vuoksi, että tuella ei tarkoiteta ainoastaan positiivisia suorituksia, kuten avustuksia, vaan myös toimenpiteitä, jotka eivät ole avustuksia sanan suppeassa merkityksessä, mutta jotka eri tavoin alentavat yritysten vastattavaksi tavallisesti kuuluvia kustannuksia ja ovat siten sekä luonteeltaan että vaikutuksiltaan avustusten kaltaisia.[232] Kun jälkimmäinen viittaa johonkin rahanarvoiseen suoritukseen julkiselta vallalta yritykselle, niin edellinen kattaa myös julkisen vallan toimenpiteet, joiden avulla edistetään muulla tavoin yrityksen taloudellista tilannetta. Tällaisia ovat esimerkiksi palveluiden alihinnoittelut ja verohelpotukset.

Samoin ylihinnoittelu voi muodostua kielletyksi valtion tueksi. Ensimmäisen asteen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *BAI* T-14/96 oli kyse aluehallinnon erästä varustamoa koskevasta tukiohjelmasta, jota toteutettiin käytännössä asiakkaille annetuilla matkaseteleillä. Komissio katsoi, että sitten kun seteleihin liittyvä ylihinnoittelu oli poistettu, ei kyse enää ollut kielletystä valtiontuesta.[233]

Tukitoimen seurauksena voi olla siten joko yrityksen saama taloudellinen etu tai julkisen viranomaisen vähentyneet verot, maksut tai tulot. Tukitoimia voivat olla myös yritysten pääomien perusteettomat korotukset ja julkisen vallan summittaiset pääomasijoitukset yksityisiin yrityksiin sekä julkisten hankintojen diskriminoiva ja ylihinnoiteltu myöntäminen valikoiduille yrityksille. Tueksi voi-

---

[228] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 604. Vastaavasti *Plender*, 2004, s. 17.
[229] Tuen määritelmästä yksityiskohtaisesti esimerkiksi *Plender,* 2004, s. 3 ss.
[230] Ks. asia C-241/94, Ranska v. komissio. Valtion rahoitus yritykselle työllisyysongelmien selvittämiseen oli 92 (nykyisin 87) artiklan 1 kohdan mukaista tukea.
[231] Ks. myös asia C-173/73, *Italia* v. *komissio*.
[232] Asia C-390/98, *Banks v British Coal and Secretary of State*, k. 30. Ks. lisäksi aikaisempi samansisältöinen ratkaisu C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg.*
[233] Asia T-14/96, *BAI v. komissio*, k. 8. Ratkaisussa korostettiin sitä, etteivät viranomaisten asettamat kulttuuriset tai sosiaaliset tavoitteet vaikuta 92 (nykyisin 87) artiklan arviointiin.

daan katsoa sellainenkin etu, joka ei ole suoranaista vastiketta sen edunsaajalle.[234]

Jotta kyseessä olisi perustamissopimuksen 87–89 artiklojen kattama ”todellinen” tukitoimi, on sen välttämättä oltava luonteeltaan myös selektiivinen, valikoiva.[235] Tuki on selektiivinen, jos se on myönnetty vain nimeltä mainitulle yritykselle.[236] Kyseessä voi olla myös tuki, joka myönnetään jäsenvaltion tietyn tuotannonalan, esimerkiksi tekstiiliteollisuuden alan, kaikille yrityksille.[237]

Tarkoituksensa mukaan tukitoimet onkin ryhmiteltävissä seuraavasti: yleinen tuki yrityksille, tuki tietyllä alueella sijaitsevalle tuotannolle, tuki tietylle teollisuuden alalle, tuki vientitoiminnalle tai muulle yksittäiselle toimenpidetyypille ja tuki yksittäisille, vaikeuksissa oleville yrityksille. Kaikki nämä voivat kuulua Euroopan yhteisön jäsenvaltioiden välisissä suhteissa tukitoimenpiteiden piiriin.[238] Tuotannon alaa koskevista valtiovallan toimista on kysymys, jos valtio on keventänyt joidenkin yrityskategorioiden sosiaaliturva-, eläke- yms. maksuja.

Jos perusteena ei ole mitään yleisempää, koko elinkeinoelämää koskevaa talouspoliittista uudistusohjelmaa, komissio pitää tällaisia yksittäisten tuotannonalojen tai alueiden helpotuksia ”valtion tukitoimina”.[239] Yleinen tuki, jonka valtio toteuttaa elinkeinoelämälle esimerkiksi alentamalla korkoja, ei täytä tätä vaatimusta. Rajanveto saattaa silti tuottaa joskus vaikeuksia. Valtiovalta voi joskus pyrkiä peitellysti yrityskohtaisiin tukitoimiin säätämällä tukitoiminormiston näennäisesti yleisen taloudellisen elvytysohjelman yms. muotoon. Jos kuitenkin on nähtävissä, että esimerkiksi verohelpotus on jo etukäteen luotu vain muutamalle muodollisesti objektiiviset kriteerit täyttävälle taholle, komissio pitää tällaista menettelyä tukitoimena.[240]

Julkisen tuen säännökset kytkeytyvät kiinteästi yhteen perustamissopimuksen sisältämien vapausoikeuksien kanssa. Tämä ilmenee esimerkiksi tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatteen osalta yhteisöjen tuomioistuimen Ranskaa koskeneesta ennakkoratkaisusta C-18/84, jossa oli kyse lehdistölle myönnettävistä verohelpotuksista. Ennakkoratkaisun mukaan perustamissopimuksen 92 ja 94

---

234 Asia C-126/01, *GEMO*, k. 44.
235 *Joutsamo ym.*, 2000, s. 604.
236 Esimerkiksi asia C-301/87, *Ranska v. komissio*, k. 56–58.
237 Ks. *Plender*, 2004, s. 20 ja siinä mainittu ennakkoratkaisu asiassa C-173/73, *Italia v. komissio*, k. 1.
238 *Joutsamo ym.*, 2000, s. 606. Muistettakoon kuitenkin lisäksi perustamissopimuksen toisista yhteyksistä ilmenevät yleiset poikkeukset yhteisön toimivallalle valvoa tukitoimenpiteitä: maatalous- ja kalastustuotteet (36 artikla), rautatie-, maantie- ja sisävesikuljetukset (76 artikla), julkisten yritysten poikkeusmahdollisuus (86 artikla), aseiden, ammusten ja sotatarvikkeiden tuotanto ja kauppa (296 artikla) sekä hiili-, terästeollisuus (EHTY:n perustamissopimuksen 4 c), 54(5) ja 67(1)–(2) artiklat.
239 Ks. esim. asia C-173/73, *Italia v. komissio*, ja asia C-310/85, *Deufil v. komissio*.
240 Ks. esim. komission päätös 92/389/ETY, EYVL, L 207, 23.7.1992.

(nykyisin 87 ja 89) artiklan tukea koskevia määräyksiä ei voida milloinkaan soveltaa tavaroiden vapaasta liikkuvuudesta tai verotuksellisen syrjinnän poistamisesta annettujen määräysten vastaisesti. Kaikilla näillä määräyksillä pyritään yhteiseen tavoitteeseen, joka on tavaroiden vapaan liikkuvuuden varmistaminen jäsenvaltioiden välillä tavanomaisia kilpailun edellytyksiä noudattaen.[241] Vastaava periaate ilmenee ennakkoratkaisusta *Du Pont de Nemours* C-21/88.[242]

Perustamissopimuksen 92 (nykyisin 87) artiklan tarkoituksena on estää se, että viranomaisten myöntämät edut vaikuttaisivat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja että ne eri tavoin vääristäisivät tai uhkaisivat vääristää kilpailua suosimalla tiettyjä yrityksiä tai tiettyä tuotantoa. Näin ollen artiklassa ei erotella siinä tarkoitettuja toimenpiteitä niiden perusteiden tai tavoitteiden perusteella, vaan määritetään ne niiden vaikutuksen mukaan. Jäsenvaltion toteuttaman toimenpiteen mahdollinen veronluonteisuus tai sosiaalinen tavoite eivät ole riittäviä syitä toimenpiteen sulkemiseksi 92 (nykyisin 87) artiklan soveltamisalan ulkopuolelle.[243]

Artiklan 87 tulkinnassa on otettava huomioon sen tarkoitus, joka on yksinkertaisesti yritysten välisen kilpailun suojaaminen sisämarkkinoilla julkisen vallan aiheuttamilta häiriöitä. Valtion tuen tulkinnassa pitää ottaa huomioon lähtökohtaisen kiellon tarkoitus eli sisämarkkinoiden tuomien etujen kasvattaminen poistamalla haitallisia julkisen vallan toimia.[244]

6.1.2 Yritys valtiontukisääntöjen soveltamisessa

Komissio pyrki täsmentämään yrityksen käsitettä erikseen valtiontukisääntöjen soveltamisen yhteydessä antaessaan vuonna 1996 suosituksen 96/280/EY pienten ja keskisuurten yritysten määritelmästä.[245] Suosituksen tarkoituksena oli yhtenäistää Euroopan yhteisön sisällä olevia moninaisia määritelmiä ns. pk-yrityksistä. Erilaisten määritelmien yhteisön ja kansallisella tasolla todettiin voivan aiheuttaa epäjohdonmukaisuutta ja kilpailun vääristymistä. Kaikissa komission antamissa säännöksissä, joissa mainitaan ilmaus ”pk-yritys”, ”keskisuuri yritys”, ”pieni yritys” tai ”mikroyritys” tai jokin muu vastaava käsite, tuli viitata asetuksen 3 artiklan 5 kohdan mukaan kyseessä olevaan suositukseen. Viittaus suositukseen oli tehty komission pienten ja keskisuurten yritysten valtiontukien soveltamista koskevassa asetuksessa (EY) N:o 70/2001 siten, että asetuksen 2 artiklan

---

[241] Asia C-18/84, *Komissio v. Ranska*, k. 13.
[242] Asia C-21/88, *Du Pont de Nemours,* k. 17 ja 20.
[243] Asia C-173/73, *Italia v. komissio*, k. 26 ja 27.
[244] *Ahlborn – Berg,* 2004, s. 107. Valtiontuen oikeudellisesta määritelmästä laajemmin *Siikavirta*, 2006, s. 91 ss.
[245] EYVL, L 107, 30.4.1966, s. 4.

mukaan pienillä ja keskisuurilla yrityksillä tarkoitetaan liitteessä I määriteltyjä yrityksiä. Liite oli siis edellä mainitun suosituksen mukainen.

Tätä tutkimusta kirjoitettaessa luonnosvaiheessa olevan asetuksen liitteessä I oleva pienten ja keskisuurten yritysten määritelmä sisältää 1 artiklassa yrityksen yleisen määritelmän: *Yritykseksi katsotaan oikeudellisesta muodosta riippumatta kaikki yksiköt, jotka harjoittavat taloudellista toimintaa. Yrityksiksi katsotaan erityisesti yksiköt, jotka harjoittavat käsiteollista toimintaa tai toimintaa yksin tai perheen voimin, henkilöyhtiöt taikka taloudellista toimintaa säännöllisesti harjoittavat yritykset.*[246]

Yrityksen käsite määräytyy siten julkisia tukia koskevien määräysten yhteydessä samalla tavoin funktionaalisesti kuin kilpailusääntöjen soveltamisen yhteydessä. Tämä ilmenee myös komission julkaisemista edellä todetuista asiakirjoista. Viranomaisyksikön, esimerkiksi kunnan mukanaolo osakkaana toiminnassa ei sinällään merkitse sitä, ettei tuota yksikköä pidettäisi yrityksenä.[247] Myös julkisen yrityksen käsite määräytyy toiminnan juridisesta muodosta riippumatta funktionaalisesti. Ennakkoratkaisun *Steinike & Weinlig* C-78/76 mukaan voiton tavoittelemattomuudella ei ole valtiontukisääntöjen soveltamisessa ratkaisevaa merkitystä.[248] Valtiontukien myöntämisen kiellon tarkoituksena on estää kielteiset vaikutukset jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tämän tavoitteen kannalta merkitystä ole sillä, tavoitteleeko tuen saanut ”yritys” voittoa vai ei.

6.1.3 Perustamissopimuksen hyväksymät tuet

Perustamissopimuksen 87 kohdan 2 mukaan yhteismarkkinoille soveltuu

a) yksittäiselle kuluttajalle myönnettävä sosiaalinen tuki, joka myönnetään harjoittamatta syrjintää tuotteiden perusteella,
b) tuki luonnonmullistusten tai muiden poikkeuksellisten tapahtumien aiheuttaman vahingon korvaamiseksi, ja
c) tuki sellaisille Saksan liittotasavallan alueille, joihin Saksan jako on vaikuttanut, jos tuki on tarpeen jaosta aiheutuneen haitan korvaamiseksi.

---

[246] Asiassa C-343/95, *Calì & Figli / Servizi Ecologici Porto di Genova,* oli kysymys puolestaan muusta kuin taloudellisesta toiminnasta. Taloudellista ei ollut 86 (nykyisin 82) artiklan soveltamisalassa sellainen saastumisen estämistä koskeva valvonta, jonka viranomainen oli antanut yksityisoikeudellisen yksikön tehtäväksi jäsenvaltion öljysatamassa, vaikka sataman käyttäjien oli maksettava tämän toiminnan rahoittamisen edellyttämä maksu. Ks. ratkaisun k. 25.

[247] Kaupunki, jolle valtion tuki myönnettiin, oli enemmistöosakkaana liiketoiminnallisin perustein toimivassa kylpyläyhtiössä. Ks. KHO 27.9.2006, taltio 2472.

[248] Asia C-78/76, *Steinike & Weinlig*, k.18.

Nämä tukitoimet, joista on tehtävä ilmoitus komissiolle 88 artiklan mukaisesti, ovat siten automaattisesti sallittuja. Kuluttajille myönnettävien tukien tulee kohdistua nimenomaan suoraan kuluttajille eikä yrityksille.[249]

Perustamissopimuksen 87 artiklan 2 a kohta tarkastelee tukea sosiaalinäkökulmasta. Kuluttajalle sosiaalisin perustein myönnetty tuki ei siis ole kiellettyä tukea. Rajanveto kilpailuperiaatteiden soveltamisen kannalta on kuitenkin hankalasti tehtävissä, kuten edellä oleva kuvaus oikeuskäytännöstä osoittaa. Tuen myöntäminen ei saa johtaa palvelujen tarjoajien osalta kansalaisuuteen perustuvaan syrjintään tuotteiden alkuperän perusteella. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä hyväksytystä tuesta voidaan mainita esimerkkinä valtion varoista maksettu tuki irtisanotuille työntekijöille.[250]

Komissio katsoi vuonna 2001 antamassaan päätöksessä, että matkaseteleiden muodossa annettu tuki oli yksittäisille kuluttajille myönnettyä sosiaalista tukea. Perustamissopimuksessa asetettu edellytys (harjoittamatta syrjintää tuotteiden alkuperän perusteella) ei kuitenkaan täyttynyt. Matkaseteleitä ostettiin vain yhdeltä varustamolta, jota ei ollut valittu avoimin perustein. Tukea ei ollut myönnetty harjoittamatta syrjintää tuotteiden alkuperän perusteella, koska sillä suosittiin vain yhtä ainoaa yritystä kaikkien muiden yritysten vahingoksi.[251] Tämän komission päätöksen ensimmäisen asteen tuomioistuin piti voimassa. Tuomioistuin sovelsi avoimuusperiaatetta tässäkin tapauksessa.[252]

Vaatimuksen avoimista perusteista olisi täyttänyt palvelun tuottajien kilpailutus, vaikka tätä ei ratkaisussa todettukaan. Kilpailuttamisen jälkeen 87 artiklan 1 kohdan kaikki edellytykset eivät enää täyty, sillä tuki ei enää vääristä tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotain yritystä tai tuotannonalaa. Kilpailutus ”neutralisoi” valtion annetun avustuksen siten, ettei sitä enää voida pitää valtiontukena.

Komissio on ottanut kilpailuttamisen vaikutukseen selkeän kannan vielä luonnosasteella olevassa tiedonannossa puitteiksi ”vain vähän yhteisön sisäiseen kauppaan vaikuttavan valtiontuen arvioimiseksi”. Tuen määrälle tulee asettaa kattorajat ja tuki tulee myöntää puolueettomin perustein ohjelmasta, joka on avoin kaikille yrityksille. Lisäksi tuki tulee myöntää tarjouskilpailumenettelyllä, jolla varmistetaan, että hankkeen yhteydessä myönnetyn tuen määrä rajoittuu tarvittavaan vähimmäismäärään.[253]

---

[249] Ks.asia C-52/76 *Benedetti v. Munari*, k. 17–19.
[250] Komission XXVIII kilpailupolitiikkaa koskeva kertomus, k. 206.
[251] Komission valtiontukipäätös 2001/247/EY, EYVL, L89, 29.3.2001, k. 58.
[252] Yhdistetyt asiat T-116/01 ja T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya) v. komissio,* k. 162, 163 ja 169.
[253] Komission luonnos tiedonannoksi ”Uudet puitteet vain vähän yhteisön sisäiseen kauppaan vaikuttavan valtiontuen arvioimiseksi”, 5.5.2004, k. 23.

Perustamissopimuksen 87 artiklan 3 kohta luettelee tapaukset, joissa tukea voidaan pitää yhteismarkkinoille soveltuvana:

a. tuki taloudellisen kehityksen edistämiseksi alueilla, joilla elintaso on poikkeuksellisen alhainen tai joilla vajaatyöllisyys on vakava ongelma,
b. tuki Euroopan yhteistä etua koskevan tärkeän hankkeen edistämiseen tai jäsenvaltion taloudessa olevan vakavan häiriön poistamiseen,
c. tuki tietyn taloudellisen toiminnan tai talousalueen kehityksen edistämiseen, jos tuki ei muuta kaupankäynnin edellytyksiä yhteisen edun kanssa ristiriitaisella tavalla,
d. tuki kulttuurin ja kulttuuriperinnön edistämiseen, jos tuki ei muuta kaupankäynnin ja kilpailun edellytyksiä yhteisössä yhteisen edun kanssa ristiriitaisella tavalla ja
e. muu tuki, jos neuvosto päättää määräenemmistöllä komission ehdotuksesta.

Perustamissopimuksessa myönnetään poikkeuksia valtiontukikiellosta, jos ehdotettu tukiohjelma vaikuttaa myönteisesti koko Euroopan yhteisöön. Tämä tukien periaatteellinen hyväksyttävyys ilmenee myös komission valtiontuen toimintasuunnitelmasta (KOM (2005) 107 lopullinen). Valtiontuen katsotaan olevan perustamissopimuksen mukaista, jos se täyttää selkeästi määritetyt yleisen edun mukaiset tavoitteet eikä vääristä yhteisön sisäistä kilpailua ja kauppaa yhteisen edun kannalta ristiriitaisella tavalla. Valiontukitoimenpiteillä voidaan toisinaan korjata markkinahäiriöitä, parantaa markkinoiden toimintaa ja tehostaa Euroopan kilpailukykyä. Riippumatta markkinahäiriöiden korjaamisesta niillä voidaan myös edistää esimerkiksi sosiaalista ja alueellista yhteenkuuluvuutta, kestävää kehitystä ja kulttuurin moninaisuutta.[254]

Yleisenä huomiona voidaan todeta, ettei kaikki julkinen tuki ei ole kiellettyä, sillä eräissä tapauksissa tuella on myös hyödyllisiä vaikutuksia.[255] Komission (ja neuvoston) harkintavalta tukitoimien sallittavuudesta on hyvin laaja, kuten artiklan sanamuoto (”voidaan pitää”, ”may”) jo ilmentää. Siten 87 artiklan 3 kohdan normisto ei omaa välittömiä oikeusvaikutuksia. Komissio tutkii tilannetta hyvin laajan kriteeristön perusteella, johon kuuluvat muun muassa taloudelliset, tekniset ja yhteiskuntapoliittiset tekijät. Tärkeimmät näistä harkinnanvaraisista valtion tukitoimiperusteista ovat sektori- ja aluetuki. Komissio on laatinut harkintavaltansa osalta yleisen linjanvedon, ”policy statementin”, harkintavaltansa käytöstä 87 artiklan 3 kohdan nojalla. Sen mukaan harkintakriteereinä valtion tukitoimien hyväksymiselle ovat:

---

[254] Valtiontuen toimintasuunnitelma, KOM(2005) 107 lopullinen, s. 4.
[255] Ks. *Trepte*, 1993, s. 168 ss.

1) yhteisön intressi,
2) toimenpiteiden välttämättömyys tavoiteltavan päämäärän kannalta ja
3) toimenpiteen tukielementin suhteellisuus tavoiteltavaan päämäärään nähden.[256]

Komission päätösten taloudellisia, liiketaloudellisia ja yleisiä sosiaalisia tekijöitä koskeva harkintavalta on varsin laaja. Yhteisöjen tuomioistuimen kontrolli kohdistuu puolestaan siihen, että menettelytapoja ja päätöksen perusteluvelvollisuutta koskevia perustamissopimuksen määräyksiä on noudatettu, ratkaisun perustana olevat tosiseikat ovat aineellisesti oikeita ja näiden tosiseikkojen arvioinnissa ei ole tapahtunut ilmeistä arviointivirhettä ja että harkintavaltaa ei ole käytetty väärin.[257] Yhteisöjen tuomioistuimet eivät korvaa komission taloudellista tai kilpailupoliittista arviointia omalla arvioinnillaan.[258]

Edellä 87 artiklan 3 kohdassa olevia a ja c kohtia arvioidaan yhteisön yhteisvastuun (solidaarisuuden) ja vapaan kilpailun yhteensovittamisen näkökohdista.[259] Kysymys on suhteellisuusperiaatteen soveltamisesta. Kohdan c osalta edellytetään tiettyä kehittämisohjelmaa.[260] Edellä olevaan 87 artiklan 3 kohdan luetteloon sisältyy viimeisenä e kohtana muuta tukea, josta neuvosto voi päättää määräenemmistöllä komission ehdotuksesta.

Toimialakohtaisen tuen osalta merkittäviä tuotannonaloja ovat olleet hiili- ja terästeollisuus, telakkateollisuus, autoteollisuus, kemian- ja lääketeollisuus, liikenne, tekstiiliteollisuus sekä maatalous ja kalastus. Horisontaalinen tuki annetaan erotuksetta kaikille tuotannonaloille joillakin laaja-alaisemmilla perusteilla, kuten esimerkiksi alue- tai ympäristöpoliittisena tukena. Merkittävin horisontaalisen tuen muoto on aluetuki. [261] Liikenteen osalta on perustamissopimuksen 73 ja 76 artiklassa erityismääräykset. Näistä edellinen on todellinen poikkeus 87 artiklan 1 kohdan periaatekiellosta ja merkitsee samanlaista automaattista poikkeusta kuin 87 artiklan 2 kohtakin. Siten tämän artiklan nojalla sallittua on sellainen liikenteelle annettu tuki, joka on tarpeen liikenteen yhteensovittamiseksi tai julkiseen palveluun kuuluvan velvoitteen täyttämiseksi. Jälkimmäinen artikla, kuljetusmaksujen ja -ehtojen tukemista koskeva 76 artiklan poikkeus, on taas harkinnanvarainen poikkeus, jonka komissio voi myöntää, jos muun muassa alueellinen epätasa-arvo siihen oikeuttaa.[262]

---

[256] Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 608 ja Valtiontuen toimintasuunnitelma, KOM(2005) 107 lopullinen, s. 6.
[257] Esim. asia T-110/97, *Kneissl Dachstein v. komissio,* k. 46.
[258] Ks. myös asia C-39/94, *SFEI ym, k. 36.*
[259] Asia T-380/94, *AIUFASS & AKT v. komissio*, k. 54.
[260] Esim. asia T-126 ja 127/96, *BFM v. komissio*, k. 98–102.
[261] Ks. tästä yksityiskohtainen selvitys *Joutsamo ym.*, 2000, s. 609–613.
[262] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 614.

Artikla 73 on tarkoitettu vain täydentämään 87–89 artiklan määräyksiä. Siten pääjärjestelmä sopii myös liikenteen sektorille, paitsi siltä osin kuin 73 ja 76 artiklan nojalla on nimenomaan säädetty.[263] Neuvosto onkin perustamissopimuksen 71 ja 89 artiklan nojalla tehnyt asiasta periaatteellisen päätöksen ja sittemmin säätänyt kolme keskeistä asetusta, joiden nojalla rautatie-, maantie- ja sisävesiliikenteen osalta on olemassa tiettyjä, melko suppeita poikkeuksia sisältäviä erityissäännöksiä.[264]

6.1.4 Tuen kauppa- ja kilpailuvaikutus

Perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan mukaan kauppavaikutusta arvioitaessa kyse on siitä, onko jäsenvaltion toimenpiteellä vaikutusta toisen jäsenvaltion alueella ja vääristääkö tai uhkaako se vääristää kilpailua suosimalla jotain yritystä tai tuotannonalaa. Kauppakriteeri vetää siis pääpiirteittäisen rajan puhtaasti kansallisten ja Euroopan yhteisön tasolla ilmenevien kilpailunrajoitusten välille. Jos toimenpiteellä, johon ”yritykset” ryhtyvät, ei ole minkäänlaista vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, voidaan kilpailunrajoitustoimeen soveltaa korkeintaan asianomaista kansallista lainsäädäntöä. Kilpailunrajoitustoimella ei ole tällöin ”yhteisöllistä” ulottuvuutta.[265]

Perustamissopimuksen 87 artiklassa on sama periaatteellinen kieltopyrkimys kuin 81 ja 82 artiklassa. Näistä artikla 81 kieltää yritysten väliset kilpailua rajoittavat sopimukset, kun taas artikla 87 kieltää valtion antaman kilpailua tai kilpailuolosuhteita vääristävän tuen. Toiseksi, edellä mainitut artiklat edellyttävät samanlaisia oikeudellisia edellytyksiä (vaikuttavat jäsenvaltioiden väliseen kauppaan) ja sisällöllistä testiä (muun muassa vääristää tai rajoittaa kilpailua). Vaikka oikeudellinen ja sisällöllinen testi on ilmaistu lievästi eri tavalla, ei se merkitse sitä, ettei edellä mainituilla kahdella ehdolla olisi samankaltaisuutta. Kumpikin artikla tavoittelee kilpailun suojelua. Nykyisin molempien kontrollointi perustuu perustamissopimuksen mukaan voimaantulomekanismina *ex ante* tapahtuvaan notifikaatioon.[266] Ilmoittamismenettely selvitetään jäljempänä.

Komission ja tuomioistuimen tulkinta kauppakriteeristä julkisen tukitoimen osalta on kuitenkin ollut, päinvastoin kuin sanamuodosta voisi päätellä, tiukempi kuin 81 ja 82 artiklan (”saattaa vaikuttaa”) yhteydessä. Komission ei ole tarpeen toimivaltansa perusteeksi osoittaa, onko tuella ollut tosiasiallista vaikutusta rajat

---

[263] Ibid. Asia C-156/77, *Komissio v. Belgia*, k. 10.
[264] Neuvoston päätös 65/271/ETY, EYVL, L 88, 24.5.1965 s.1 (ei enää voimassa), neuvoston asetus (ETY) N:o 1191/69, EYVL, L 15, 28.6.1969, s. 8 ja neuvoston asetus (ETY) N:o 1107/70, EYVL, L 130, 15.6.1970, s. 1.
[265] *Joutsamo ym.,* 2000, s. 521.
[266] Ks. *Ahlborn – Berg,* 2004, s. 42 ja 48.

ylittävään kauppaan päättääkseen, onko tuki yhteismarkkinoille sopiva. Jotta kyseessä olisi valtion tukitoimi, viimeisenä osatekijänä 87 artiklan 1 kohdassa edellytetään, että kyseessä oleva toimenpide vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tämä sanamuoto ei ole identtinen 81 ja 82 artiklan ilmaisun kanssa, jossa otetaan huomioon myös ns. potentiaalinen vaikutus.[267]

Vaikutusmekanismi kilpailun vääristämiseen on erilainen 81 artiklassa kuin 87 artiklassa. Toisin kuin 81 artiklassa, markkinavoima ei ole 87 artiklassa välttämätön edellytys kilpailun estymiselle. Myös tapa, jolla markkinoiden määrittely tehdään 81 artiklan rajoittavien sopimusten ja toisaalta 87 artiklan valtion tuen osalta, on erilainen. Artiklan 81 tapauksessa markkinoiden määrittelyn tarkoituksena on antaa kehys markkinavoiman määrittelyyn. Kyky nostaa hintoja on riippuvainen tuotteiden vastaavuudesta kysynnän näkökulmasta. Markkinoiden määrittely valtion tukien kontrolloinnin yhteydessä tarjoaa puitteet tuen vaikutuksen arvioinnille. Markkinamäärittelyn tarkoituksena on 87 artiklassa tunnistaa mikä tahansa kilpailija, jonka toimintaan tukea saaneen yrityksen toiminnan tuloksilla on negatiivisia vaikutuksia. Näinä voidaan pitää hintoja alentavaa vaikutusta.[268]

Tuomioistuin on tässä yhteydessä korostanut enemmän perustamissopimuksen 253 artiklan yleistä päätösten perustelemisvelvollisuutta.

> Asiassa *Leeuwarder* C-296/82 tuomioistuin teki selväksi, ettei komissio voinut vain nojautua olettamukseen, että tietty tuki vääristää kilpailua ja vaikuttaa häiritsevästi yhteisön väliseen kauppaan. Komission oli annettava mielipiteilleen riittävät perustelut. Vaikka tietyissä tapauksissa jo ne olosuhteet, joissa tuki on myönnetty, riittävät osoittamaan, että tuki voi vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan tai voi vääristää tai uhata vääristää kilpailua, komission on aina mainittava kyseiset olosuhteet päätöksensä perusteluissa. Päätös, joka ei sisällä tietoja markkinatilanteesta, tuensaajayrityksen markkinaosuudesta, jäsenvaltioiden välisistä kyseisten tuotteiden kauppavirroista eikä asianomaisen yrityksen viennistä, ei täytä perusteluvaatimusta.[269]

> Kilpailutekijän analysointi valtion tuen yhteydessä oli esillä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisussa *Philip Morris* C-730/79 ensimmäisen kerran vuonna 1980. Tapauksessa vaadittiin, että tuomioistuimen olisi tullut valtiontukitapauksessa tehdä samanlainen analyysi kuin 81 artiklan tapauksessa. Tapauksessa tuomioistuin hylkäsi vaatimuksen. Sen mielestä, kun valtion taloudellinen tuki yritykselle tosiasiassa vahvistaa sen asemaa yhteisön sisäisessä kaupassa verrattuna toisiin yrityksiin, kyseessä ollutta tukea oli pidettävä vaikutuksensa vuoksi valtion tukena. Tuomioistuin ei hyväksynyt kyseessä olevan yrityksen vaatimusta siitä, että komission olisi tullut suorittaa yhtä laaja selvi-

---

[267] Ks. *Plender,* 2004, s. 21.
[268] *Ahlborn – Berg*, 2004, s. 49.
[269] Asia C-296/82, *Leeuwarder v. komissio*, k. 19.

tys mm. ”relevanteista markkinoista” kuin sen on 81 ja 82 artiklan tapauksessa tehtävä.[270]

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on ollut ratkaistavana lukuisia tukitapauksia, joissa on käsitelty kilpailua ja kauppavaikutusta. Jos toimenpiteellä on ylipäätään ollut jotain todistettavaa vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kyseessä on siltä osin ”valtion tukitoimi”.[271] Jäljempänä on muutamia yhteisöjen tuomioistuimen ja ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisuja, joista oikeuskäytännössä muodostuneet linjaukset ilmenevät.

Voidaan vahvasti esittää, että kilpailun vääristymisestä on kyse silloin, kun (tuki)toimenpide jollain tavalla parantaa yrityksen suhteellista markkina-asemaa esimerkiksi pienentämällä kustannuksia, antamalla ilmaista selektiivistä etua, joka (melkein) väistämättä johtaa saajan markkina-aseman parantumiseen.[272] Tuomioistuin totesi toisessa Belgiaa koskeneessa ennakkoratkaisussa C-142/87 viitaten *Philip Morris* -ratkaisuun, että vähäinen tuki ja tuen saajan melko pieni koko eivät sulje pois ennalta sitä mahdollisuutta, että tuki vaikuttaisi jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[273]

Yhteisöjen tuomioistuin ei ole itse ”tukitoimen” käsitteeseen hyväksynyt koskaan mitään *de minimis* -sääntöä. Tämän periaatteen tuomioistuin vahvisti jo *Philip Morris* -tapauksessa ja on myöhemmin melko johdonmukaisesti vahvistanut kyseisen periaatteen.[274] Niinpä myös ensimmäisen asteen tuomioistuin on noudattanut samaa periaatetta.

Asiassa *Autonoma Friuli-Venezia* T-288/97 tuomioistuin totesi aikaisemman oikeuskäytännön mukaan, että jopa suhteellisen pieni tuen määrä on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kun kysymyksessä on kova kilpailu saajan edustamalla sektorilla.[275] Kaikki toimijat toimivat tietyn Italiassa olevan alueen rajojen sisäpuolella. Vaikka tuettu yritys itse ei harjoittaisikaan jäsenvaltioiden välistä kauppaa, tuella saattaa olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[276]

---

[270] Asia C-730/79, *Philip Morris*, k. 8–13.
[271] Asia C-5/89, *komissio v. Saksa*.
[272] *Ahlborn - Berg*, 2004, s. 46.
[273] Asia C-142/87, *Belgia v. komissio* (”*Tubemeuse”*) k. 43.
[274] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 605.
[275] Asia T-288/97, *Autonoma Friuli-Venezia v. komissio,* k. 49–52.
[276] Myös asia C-351/98, *Espanja v. komissio*, k. 64, missä tuomioistuin korosti alalla jo olevan kilpailun merkitystä arvioitaessa tuen haitallisuutta. Sama kanta ilmenee muun muassa ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisusta yhdistetyt asiat T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 ja T-23/98 *Mauro Alzetta* ym. v komissio, k. 76–80. Ratkaisun mukaan periaate koskee myös tukia, joita ei ole tarvinnut ilmoittaa komissiolle tukijärjestelmän oltua voimassa ennen kyseisen valtion jäsenyyttä.

Eräs tuomioistuimen uusimpia ratkaisuja on sen asiassa *Altmark Trans* C-280/00 vuonna 2003 antama ennakkoratkaisu. Siinä tuomioistuin katsoi, ettei tuen saaneen toiminnan paikallisuus tai alueellisuus poista mahdollisuutta tuen vaikutuksesta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kun jäsenvaltio myöntää julkista tukea liikennepalveluja paikallisesti tuottavalle yritykselle, yrityksen palvelutarjonta voi pysyä ennallaan tai lisääntyä, ja tämän seurauksena muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten mahdollisuudet tarjota liikennepalveluja kyseisen valtion markkinoilla ovat vähäisemmät.

Tapauksessa tämä toteamus ei ollut pelkästään hypoteettinen, koska useat jäsenvaltiot ovat ryhtyneet avaamaan tiettyjä kuljetusmarkkinoita muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten kilpailulle. Myös tässä ratkaisussa todettiin, ettei tuomioistuimen oikeuskäytännössä ole olemassa tiettyä rajaa tai prosenttilukua, jonka alittavan toimenpiteen osalta voitaisiin katsoa, ettei sillä ole vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tuen suhteellisen vähäinen merkitys tai tukea saavan yrityksen suhteellisen vaatimaton koko ei nimittäin sulje pois mahdollisuutta, että se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[277]

Altmark Trans -ratkaisun jälkeen ratkaisussa *GEMO* C-126/01 tuomioistuin katsoi, että karjankasvattajien ja teurastamojen eläinruhojen ja teurasjätteiden keräilyä ja hävittämistä varten luotua vastikkeetonta järjestelmää oli pidettävä 87 artiklan 1 kohdan mukaisena valtiontukena. Kun ranskalaiset karjankasvattajat ja teurastamot oli vapautettu hävittämisen aiheuttamista kustannuksista, oli sillä positiivinen vaikutus ranskalaisen lihan hintaan ja se oli silloin kilpailukykyisempi sellaisten jäsenvaltioiden markkinoilla, joilla samat kustannukset rasittavat niiden kustannuksia. Järjestelmällä suosittiin siten ranskalaista lihanvientiä ja sillä oli vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Myös tässä ennakkoratkaisussa tuomioistuin totesi, että vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan perustamissopimuksen 92 (nykyisin 87) artiklan 1 kohdassa ei tehdä eroa valtion toimenpiteiden syiden tai tavoitteiden vaan niiden vaikutusten perusteella. Tällä tuomioistuin torjui Ranskan väitteen siitä, että eläinjätteiden keräily kuului terveydensuojelua koskevaan politiikkaan, joka menee yksityisten etujen edelle.[278]

Valtion tukea koskevan 87 artiklan välittömän oikeusvaikutuksen vuoksi on myös jäsenvaltion tuomioistuimessa mahdollisuus tehdä väite yhteisön markkinoiden toimintaa vääristävistä vaikutuksista.

Helsingin käräjäoikeudessa kantajana ollut taho väitti, että konkurssiin joutuneen *Ykköstien Golf Oy*:n valtiolta investointi- ja pääomasijoituksena saamalla rahoituksella oli vaikututusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Poikkeuksellisen yksityiskohtaisesti perustellussa päätöksessään käräjäoikeus kuitenkin totesi, että vaikka yhteisöjen tuomioistuimen linjaus tuen tunnusmerkkien

---

[277] Asia C-280/00, *Altmark Trans,* k. 77–82. Ratkaisussa todettiin myös, ettei vähämerkityksellisestä tuesta annettua komission tiedonantoa (EYVL, C 68, s. 9) sovelleta kyseiseen tapaukseen.
[278] Asia C-126/01, *CEMO*, s. 33, 42 ja 43.

täyttymisen kriteereistä on ollut erittäin tiukka, eivät ne tässä tapauksessa täyttyneet.

Paikallinen, poikkeuksellisen kova kilpailu ei merkitse sitä, että siitä voitaisiin tehdä juurikaan päätelmiä Suomessa tai yhteismarkkina-alueella vallinneen kilpailutilanteen osalta. Kantaja ei ollut näyttänyt toteen sitä, että golfliiketoiminnalla olisi ollut Suomessa rajat ylittäviä vaikutuksia, vaikka sellaisia saattaa olla toisissa jäsenmaissa. Tällainen olisi ollut tilanne silloin, jos tukien maksamisen ajankohtana toisesta jäsenvaltiosta tulevat yrittäjät olisivat omistaneet Suomessa golfkenttiä, tai edes pyrkineet etabloitumaan Suomen markkinoille. Väitetyllä tuella ei ollut näytetty olevan myöskään vaikutusta golfpelaajien tulemiseen Suomeen. Käräjäoikeus hylkäsi kanteen kokonaisuudessaan, eikä Helsingin hovioikeus muuttanut sitä.[279]

Komission neuvoston asetuksen (EY) 994/98 perusteella antamassa ns. *de minimis* -asetuksessa (EY) n:o 1998/2006 on hyväksytty periaate, jonka mukaan tuki, joka ei ylitä 200 000 euron enimmäismäärää kolmen vuoden ajanjaksolla, ei vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan eikä vääristä tai uhkaa vääristää kilpailua.[280] Asetusta sovelletaan kaikilla aloilla erikseen siinä mainittuja poikkeuksia lukuun ottamatta, joten sitä sovelletaan myös palvelujen tuottamiseen.[281]

Valtiontukien myöntämistä valvovan komission kannanotoista on tässä yhteydessä kiintoisa sen helmikuun 27 päivänä 2002 tekemä päätös, joka koski irlantilaisille sairaaloille myönnettyä julkista tukea. Tuki oli tässä tapauksessa veroetua henkilöille, jotka lahjoittivat sairaaloiden rakentamiseen, parantamiseen tai laajentamiseen varoja. Sairaaloiden oli varattava osa kapasiteetistaan julkiseen sairaanhoitoon. Komissio katsoi, että toimenpide tuottaa etua sairaaloille. Komissio kuitenkin arvioi, että kyseinen toimenpide hyödyttää pääosin paikallissairaaloita, joiden kapasiteetti on niukka. Se ei merkitse sellaisten sairaalakompleksien perustamista, jotka houkuttelisivat asiakkaita muista jäsenvaltioista. Näin ollen tukitoimenpide ei ole omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[282]

---

[279] Helsingin käräjäoikeus, Osasto 1, välituomio 19.3.1999 nro 5687 (97/20052). Helsingin hovioikeus, tuomio 29.9.2000, Dnro S 99/380.

[280] Komissio oli antanut jo vuonna 1996 tiedonannon vähämerkityksellisestä tuesta, EYVL, C 68, 6.3.1996, s. 9.

[281] Asetuksen 1 artiklassa on todettu alat, jotka eivät kuulu sen soveltamisalaan. Tällaisia ovat mm. jäsenvaltioihin suuntautuvaan vientiin kohdistuvat tuet. Toisen artiklan 2 kohdan mukaan yhdelle maantiekuljetusten alalla toimivalle yritykselle myönnettävän vähämerkityksisen tuen kokonaismäärä ei saa olla yli 100 000 euroa minkään kolmen verovuoden jakson aikana. Tätä enimmäismäärää sovelletaan riippumatta vähämerkityksisen tuen muodosta ja tarkoituksesta sekä siitä, rahoitetaanko jäsenvaltion myöntämä tuki kokonaan tai osittain yhteisön varoista. Tarkastelujakso määräytyy yrityksen kyseisessä jäsenvaltiossa soveltamien verovuosien perusteella.

[282] Komission valtiontukea koskeva päätös N 543/2001, *Capital allowance for hospitals*.

Yhteisöjen tuomioistuimen varsin tiukan oikeuskäytännön perusteella päätös on sikäli merkittävä, että tuen sosiaalisella tarkoituksella näyttäisi komission mielestä sittenkin olevan merkitystä. Tarkasti päätöstä tulkiten tämä erityinen tarkoitus voidaan kansallisesti ottaa huomioon silloin, kun tuella ei ole vaikutusta yhteisötasolla.

Komissio on edellä todetussa luonnoksessa tiedonannoksi puitteiksi ”Vain vähän yhteisön sisäiseen kauppaan vaikuttavan valtiontuen arvioimiseksi” selvittänyt yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella perusteita tuen hyväksymiselle. Tiedonannon mukaan pitäisi olla mahdollista yksilöidä tilanteet, joissa kilpailu ei yhteisön tasolla vääristy kovinkaan paljon. Tällainen tilanne syntyy, jos toimenpiteellä luonteensa vuoksi on vain vähäiset mahdolliset heijastusvaikutukset toimen toteutusvaltion rajojen ulkopuolella. Kielteisiä vaikutuksia tuella on silloin, jos se aiheuttaa taloudellisen toiminnan siirtymistä toiseen jäsenvaltioon. Niiden yritysten, jotka eivät hyödy tukitoimenpiteistä, mahdollisuudet esimerkiksi markkinoille pääsyyn pienenevät. Tuen vaikutus ilmenee epäreiluna kilpailuna, saalistushinnoitteluna ja muunlaisena tukea saavien yritysten kilpailunvastaisena toimintana.[283]

6.1.5 Poikkeukset notifikaatiovelvoitteesta

Neuvosto antoi vuonna 1998 artiklan 94 (nykyisin 89 artiklan) perusteella horisontaalisten valtion tukien osalta jo aiemmin esillä olleen asetuksen (EY) N:o 994/1998 Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 92 ja 93 artiklan soveltamisesta tiettyihin valtion monialaisen tuen muotoihin.[284] Asetuksen tavoitteina on varmistaa tehokas valvonta ja yksinkertaistaa hallintoa. Sillä annetaan komissiolle mahdollisuudet säätää ryhmäpoikkeusasetuksia luetelluista horisontaalisista valtiontukimuodoista. Neuvoston asetuksen mukaan komissio voi asetuksillaan määritellä tietyt tukitoimet 87 artiklan 2 ja 3 mukaisesti yhteismarkkinoille soveltuviksi.

Neuvoston perustamissopimuksen 89 artiklan perusteella antaman asetuksen (EY) 994/1998 mukaan komissio voi antaa ryhmäpoikkeusasetuksia valtiontuki-

---

[283] Komission luonnos tiedonannoksi ”Uudet puitteet vain vähän yhteisön sisäiseen kauppaan vaikuttavan valtiontuen arvioimiseksi”, k. 6, 9–11.

Tiedonannon mukaan suljetun sektorin tuotteen tai palvelun kotimaan tuotannon määrällä ei ole vaikutusta saman tuotteen tuotantoon ulkomailla. Suljetun sektorin tavara tai palvelu voidaan määritellä seuraavasti: i) mahdollisuudet käydä tavaralla tai palvelulla kauppaa ovat sen luonteen vuoksi rajalliset ja ii) tavara tai palvelu ei pysty houkuttelemaan suurta asiakasmäärää muualta (k. 11). Komissio käyttää esimerkkinä kotimaisille vähittäismarkkinoille myönnettyä tukea esimerkkinä sellaisesta tuesta, joka ei todennäköisesti vaikuta kyseisten palvelujen tarjontaan ulkomailla. Toisaalta suurelle huvipuistolle myönnettävä tuki voi vaikuttaa myös tarjontaan ulkomailla.

[284] Neuvoston asetus (EY) N:o 994/98, 7.5.1998, EYVL, L 142, 14.5.1988, s. 1.

sääntöjen soveltamisesta.[285] Tämän valtuusasetuksen 1 artiklan mukaan komissio voi antamissaan asetuksissa säätää, että erityisehdoin tuet soveltuvat yhteismarkkinoille ja että tuet vapautetaan perustamissopimuksen 93 (nykyisin 88) artiklan 3 kohdassa määrätystä ilmoitusvelvollisuudesta:

a) tuesta
   i) pienille ja keskisuurille yrityksille,
   ii) tutkimukselle ja kehittämiselle,
   iii) ympäristösuojelulle,
   iv) työllistämiselle ja koulutukselle; sekä
b) komission kunkin jäsenvaltion osalta alueellisen tuen myöntämistä varten hyväksymien karttojen mukaisesta tuesta.

Valtuusasetuksen 2 artikla antaa komissiolle mahdollisuuden vähäistä tukea koskevan asetuksen antamiseen, jolloin tuki ei täytä kaikkia 87 artiklan 1 kohdan vaatimuksia eikä siihen näin ollen sovelleta 93 artiklan 3 kohdassa määrättyä ilmoitusmenettelyä. Edellytyksenä on kuitenkin, että samalle yritykselle tiettynä aikana myönnetty tuki ei ylitä tiettyä vahvistettua määrää. Komissio on antanut tämän perusteella edellä todetun *de minimis* -asetuksen (EY) n:o 1998/2006.[286]

Asetuksen johdanto-osassa todetaan asetuksen antamisen perusteen mukaan ”v*aikka kaikki valtion myöntämät tuet tietylle yritykselle vääristävät tai voivat vääristää merkittävällä tai vähäisemmällä tavalla kilpailua yrityksen ja sen sellaisten kilpailijoiden välillä, jotka eivät saa tukea, kaikella tuella ei ole merkittävää vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan ja kilpailuun. Näin on erityisesti sellaisen tuen osalta, joka on määrältään vähäistä*.”[287]

De minimis -asetuksella säädetään kynnyksestä, jonka alittavien tukitoimenpiteiden osalta tukea ei katsota valtiontueksi muutoin kuin herkillä aloilla, joita ovat maatalous, kalastus ja liikenne. Asetusta ei sovelleta 1 artiklan mukaan myöskään yhteisön sisäiseen tai ulkoiseen vientiin liittyviin toimintoihin. Edellä todetun johdanto-osan perusteen mukaan tällaisilla erikseen hyväksytyllä tuella saattaa sinänsä olla määrältään vähäinen kilpailu- ja kauppavaikutus. Niihin ei sovelleta myöskään 88 artiklan 3 kohdan mukaista ilmoitusvelvollisuutta. Artiklan 2 mukaan vaatimuksena on, ettei yhdelle yritykselle myönnettävän vähämerkityksellisen tuen kokonaismäärä ylitä 200 000 euroa kolmen vuoden ajanjaksol-

---

[285] Neuvoston asetus (EY) N:o 994/98, Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 92 ja 93 artiklan soveltamisesta tiettyihin valtion monialaisen tuen muotoihin 7.5.1998 EYVL, L142/1.

[286] Asetus (EY) N:o 69/2001, 12.1.2001, EYVL, L10, s. 30.

[287] Aikaisemmin oli voimassa komission tiedonanto vähämerkityksellisestä tuesta, EYVL, C 68, 6.3.1996, s. 9-10. Tätä ei ollut annettu Neuvoston asetuksen 994/1998 perusteella. Kuitenkin sen vaikutus on käytännössä jäsenvaltiota sitova.

Vähäisyydestä yhdistetyt asiat T-298/97, T-312/97, T-313/97, T-315/97, T-600/97–607/97, T-1/98, T-3/98–T-6/98 ja T-23/98, *Mauro Alzetta ym. v. komissio*.

la. Tätä enimmäismäärää sovelletaan tuen muodosta ja tavoitteista riippumatta. Määrä lasketaan liukuvasti aina uuden tuen myöntämisen tilanteessa, mikä ilmenee asetuksen johdanto-osan (5) kohdasta.

Komission asetuksen tarkoituksena on ollut keventää hallintobyrokratiaa, joka pienten tukien ilmoittamisesta seuraisi. Komission asetuksen 5 kohdassa lausutaan, että kokemuksen perusteella voidaan todeta, ettei 200 000 euroa pienempi tuki vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan eikä se vääristä tai uhkaa vääristää kilpailua, joten se ei kuulu perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan piiriin.[288]

Komissio on antanut neuvoston asetuksen (EY) N:o 994/1998 nojalla useita yhtä aikaa annettuja asetuksia. Nykyiset asetukset ovat voimassa vuoden 2006 loppuun. Numerojärjestyksessä ensimmäinen on asetus (EY) N:o 68/2001 Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta koulutustukeen.[289] Asetus (EY) N:o 70/2001 koskee edellä mainittujen julkista tukea koskevien artiklojen soveltamista pienille ja keskisuurille yrityksille myönnettävään tukeen.[290] Tämän asetuksen tavoitteena on toisaalta parantaa tehokasta valvontaa ja toisaalta yksinkertaistaa hallintoa pieniä ja keskisuuria yrityksiä koskevien tukimenettelyjen osalta. Asetusta sovelletaan 1 artiklan pääsäännön mukaan pienille ja keskisuurille yrityksille myönnettyyn tukeen kaikilla aloilla sanotun kuitenkaan rajoittamatta EY:n perustamissopimuksen nojalla annettujen ja kyseiseen asetukseen verrattuna ”enemmän tai vähemmin rajoittavien erityisten yhteisön asetusten tai direktiivinen soveltamista valtiontukien myöntämiseen tietyillä aloilla”. Asetusta ei sovelleta 2 artiklan mukaan lainkaan muun muassa vientiin liittyvän toiminnan tukeen (b kohta) ja tukeen, jolla suositaan kotimaisia tuotteita tuontituotteiden kustannuksella (c kohta).

Edellä mainitulla asetuksella hyväksytään siis tuki ja myönnetään poikkeus ilmoittamisvelvollisuudesta tuen osalta, joka täyttää asetuksen 3 artiklassa säädetyt edellytykset. Edellytyksenä on 4 artiklan mukaan investointituissa muun muassa, ettei tuen määrä ylitä määrättyjä prosentuaalisia enimmäismääriä. Artikla 5 koskee konsulttipalveluihin ja messujen järjestämiseen myönnettyjä tukia ja artikla 6 puolestaan artiklan muiden ehtojen lisäksi vaatimuksia, jotka suurten yksittäisten tukien on täytettävä. Pieni ja keskisuuri yritys on määritelty asetuksen (EY) 70/2001 liitteessä.[291] Pienet ja keskisuuret yritykset määritellään yri-

---

[288] Komissio on joka tapauksessa itse sidottu *de minimis* -asetuksen sääntöjen noudattamiseen. Tämä ei välttämättä merkitse sitä, ettei kansallisessa oikeudessa uusien tukijärjestelmien arvioinnissa tarvitsisi ottaa huomioon niiden mahdollista häiritsevää vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Ks. tästä *Gambaro ym.*, 2005, s. 9 ss.

[289] Asetus (EY) N:o 68/2001, 12.1.2001, EYVL, L 10, s. 20.

[290] Asetus (EY) N:o 70/2001, 12.1.2001, EYVL, L 10, s. 33.

[291] Komissio on antanut luonnoksen pieniä ja keskisuuria yrityksiä koskevan asetuksen (EY) 70/2001 muuttamisesta sen soveltamisalan laajentamiseksi koskemaan tukea tutkimus- ja kehitys-

tyksiksi, joiden palveluksessa on vähemmän kuin 250 työntekijää ja joiden vuosiliikevaihto on enintään 40 miljoonaa euroa tai taseen loppusumma on enintään 27 miljoonaa euroa.

Uusin komission valtuusasetuksen perusteella antamista asetuksista on asetus (EY) N:o 2204/2002, joka koskee perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamista työllisyystukeen.[292] Tällä asetuksella työllisyystuet on vapautettu ilmoitusvelvollisuudesta muun ohella sillä edellytyksellä, että tuet on tarkoitettu aluetukiin oikeutetuille alueille tai että ne on tarkoitettu asetuksessa n:o 70/2001 määritellyille pienille ja keskisuurille yrityksille.

Komissio on antanut vuonna 1996 tiedonannon ”Yhteisön puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön myönnettävälle valtiontuelle”.[293] Tiedonannon mukaan yhteisön tavoitteita edistetään erityisesti tutkimusta ja teknologista kehitystyötä koskevilla yhteisön monivuotisilla puiteohjelmilla. Tavoitteet ovat tässäkin yhteydessä taloudellisen kasvun, kilpailukyvyn ja työllisyyden parantaminen. Komissio katsoo tässä tiedonannossaan, että mitä lähemmin tutkimus- ja kehitystyö liittyy markkinoihin, sitä merkittävämpi saattaa olla valtion tuen vääristävä vaikutus. Tuetun tutkimus- ja kehitystyön markkinaläheisyysasteen määrittämiseksi komissio tekee eron perustutkimuksen, teollisen tutkimuksen ja kilpailua edeltävän kehittämistoiminnan välillä.

Tiedonannon mukaan (kohta 2.4) vain korkeakouluille tai voittoa tavoittelemattomille julkisille tutkimuslaitoksille myönnetty tuki ei ole kiellettyä valtiontukea, mikäli tämä ei tapahdu kaupallisten yritysten eduksi. Tämä ehto täyttyy,

1) mikäli tutkimuslaitos perii tutkimus- tai kehitystyöstä yritykseltä täyden korvauksen, tai
2) tutkimusyöhön osallistuvat yritykset vastaavat kaikista hankkeen kustannuksista, kun tutkimustulokset voidaan saattaa laajaan jakeluun ja kaikki tutkimuksen ja kehitystyön tuloksena mahdollisesti myöhemmin saatavat immateriaalioikeudet annetaan voittoa tavoittelemattomille julkisille laitoksille,
3) tai voittoa tavoittelemattomat julkiset laitokset saavat teollisuutta edustavilta osapuolilta markkinahintaisen korvauksen niistä tutkimushankkeesta seuraavista immateriaalioikeuksista, joiden haltijoita nämä teollisuutta

---

työhön. EYVL, C 190 s. 3, 12.8.2003. Komissio katsoo perusteluosan mukaan (5 kohta), että tutkimus- ja kehitystyöhön osoitettu valtion tuki toimii pk-yrityksille kannustimena toteuttaa entistä enemmän tutkimus- ja kehitystyötä, sillä nämä yritykset käyttävät muutoin liikevaihdostaan varsin pienen osan tutkimus- ja kehitystoimintaan. Tästä johtuen on aiheellista vapauttaa tuki ennakkoilmoitusvelvollisuudesta, kun lisäksi otetaan huomioon, että tällaisella tuella on vain hyvin rajalliset mahdollisuudet vaikuttaa kielteisesti kilpailuun.

[292] Asetus (EY) N:o 2204/2002, 12.12.2002, EYVL, L 337, s. 3.

[293] Komission tiedonanto – Yleiset puitteet tutkimus- ja kehitystyöhön myönnettävälle valtion tuelle, EYVL, C 045, 17.2.1996, s. 5.

edustavat osapuolet ovat, ja ne hankkeen tulokset, joihin ei liity immateriaalioikeuksia, voidaan saattaa laajaan jakeluun asiasta kiinnostuneille kolmansille osapuolille.

Edellä todetuilla ehdoilla on haluttu varmistaa se, ettei myöskään tutkimukseen ja kehitykseen ohjatulla julkisella tuella ole kielteistä vaikututusta kilpailuun. Komission edellä mainitun tiedonantoluonnoksen mukaan näyttäisi siltä, että tulevaisuudessa samoin edellytyksin hyväksyttäisiin myös yksityisille voittoa tavoittelemattomille tutkimusinstituutioille myönnettävät julkiset tuet.

6.1.6 Komission valvontatehtävä

Perustamissopimuksen 88 artiklan 3 kohdan mukaan komissiolle on annettava tieto tuen myöntämisestä tai muuttamista koskevasta suunnitelmasta niin ajoissa, että se voi esittää huomautuksensa. Jos komissio katsoo, että tällainen suunnitelma ei 87 artiklan mukaan sovellu yhteismarkkinoille, se aloittaa 2 kohdassa tarkoitetun menettelyn viipymättä. Jäsenvaltio, jota asia koskee, ei saa toteuttaa ehdottamiaan toimenpiteitä, ennen kuin menettelyssä on annettu lopullinen päätös. Artiklan 2 kohdan mukaan komissio voi todeta valtion tai valtion varoista myönnetyn tuen yhteismarkkinoille sopimattomaksi. Vain komissio voi päättää, onko jäsenvaltion tuki yhteismarkkinoille soveltuva, toisin sanoen sallittu.[294]

Neuvoston asetus (EY) N:o 659/1999 Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 93 artiklan (eli nykyisin 88 artiklan) soveltamisesta koskee menettelyä jäsenvaltioiden täyttäessä niille 88 artiklan 3 kohdan mukaan kuuluvaa ilmoitusvelvollisuuttaan, komission tutkimustoimivaltuuksia, laittomasti myönnettyjen valtion tukien palauttamismenettelyä, olemassa olevien tukijärjestelyjen tutkimista sekä jäsenvaltioiden tukijärjestelmien yleistä seurantaa.[295]

Asetuksen 2 artiklan mukaan jäsenvaltion on ilmoitettava riittävän ajoissa komissiolle kaikista suunnitelmistaan myöntää uutta tukea, mutta tukea ei saa ilmoituksesta huolimatta ottaa käyttöön ennen komission päätöstä tuen hyväksymisestä. Komissiolle on varattu päätöksen tekemiseen kahden kuukauden määräaika ja mikäli päätöstä ei tehdä tuona aikana, tukea voidaan pitää hyväksyttynä. Komissio voi myös peruuttaa tekemänsä päätöksen, mikäli se on perustunut menettelyn aikana saatuihin virheellisiin tietoihin.

---

[294] Komission perustamissopimuksen mukaan määräytyvää asemaa on täsmentänyt tuomioistuin asiassa C-78/76*, Steinike ja Weinlig*. Komission asemasta on säädetty nyt perustamissopimuksen 89 artiklan mukaisesti neuvoston asetuksessa (EY) N:o 659/1999.

Komission yksinomaisen päätösvallan totesi myös korkein hallinto-oikeus kansallista kylpylähanketta koskeneessa ratkaisussaan KHO 27.9.2006, taltio 2472.

[295] Neuvoston asetus (EY) N:o 659/99, EYVL, L 83, 27.3.1999, s. 1. Ks. tästä myös *Joutsamo ym*. 2000, s. 617.

Uudella tuella tarkoitetaan asetuksen 1 artiklan c alakohdan mukaan kaikkia tukia, eli tukiohjelmia ja yksittäisiä tukia, jotka eivät ole voimassa olevaa tukea, mukaan lukien voimassa olevan tuen muutokset. Tukiohjelmaa täsmentää kyseisen artiklan d kohta. Voimassa olevaa tukea on b kohdan ii alakohdan mukaan tuki, joka jäsenvaltiossa oli olemassa jo liittymissopimuksen voimaan tullessa tai jotka komissio tai neuvosto on hyväksynyt. ”Tukiohjelmalla” tarkoitetaan sen mukaan säädöstä tai päätöstä, jonka perusteella yksittäisiä tukia voidaan myöntää yrityksille, jotka määritellään säädöksessä tai päätöksessä yleisesti ja käsitteellisesti ilman, että edellytetään muita täytäntöönpanotoimenpiteitä. Lisäksi tukiohjelmalla tarkoitetaan säädöstä tai päätöstä, jonka perusteella voidaan tukea myöntää yhdelle tai useammalle yritykselle toistaiseksi ja/tai rajoittamaton määrä. Muilla täytäntöönpanotoimenpiteillä tässä tarkoitetaan neuvoston tai komission toimenpiteitä, kuten asetuksia.[296]

Silloin kun komissio tutkii yksittäisten tukien sijasta tukijärjestelmää, ei sillä ole velvollisuutta tutkia järjestelmän jokaista yksittäistä soveltamistapausta. Komission ei tarvitse tutkia jokaista tapausta erikseen esimerkiksi sen selvittämiseksi, onko tuki ylittänyt *de minimis* -asetuksessa määrätyn tuen enimmäismäärän.[297]

Perustamissopimuksen 88 artiklassa asetetaan olemassa olevat tukitoiminnat ja uudet muutetut toimet erilaiseen prosessuaaliseen asemaan. Ensiksi mainittua koskee 88 artiklan 1 kohta. Komission oikeutena ja velvollisuutena on sen mukaan seurata jatkuvasti tukitoimia ja tehdä jäsenvaltioille ehdotuksia yhteismarkkinoiden asteittaiseksi kehittämiseksi tai yhteismarkkinoiden toiminnan kannalta aiheellisiksi toimenpiteiksi. Komission tehtävänä on siten valvoa, etteivät nämä tukitoimenpiteet joko sellaisenaan tai väärin käytettyinä ole yhteismarkkinoille soveltumattomia. Valvonta on pelkästään passiivista jälkikäteisvalvontaa, eikä perustu ilmoitusvelvollisuuteen. Komissiolla on velvollisuus seurata jäsenvaltioiden tukitoimia *ex officio* ja puuttua niihin, jos ne vinouttavat kilpailua. Komission tutkimus- ja päätöksentekotoimivalta on molemmissa tapauksissa sama eli 88 artiklan 2 kohdassa määritelty toimivalta. On kuitenkin selvää, että komission toimivalta painottuu uusien ja muutettujen tukitoimien puolelle, joita koskee 88 artiklan 3 kohdassa tarkoitettu ilmoitusvelvollisuus.[298]

Sääntöjen vastaista tukea koskeva menettely sisältyy edellä mainitun asetuksen (EY) N:o 659/1999 10–15 artiklaan. Tuki voi olla sääntöjen vastaista sikäli, ettei sitä ole ylipäätään ilmoitettu komissiolle tai ettei käytännön tukitoiminta ole komission tekemän päätöksen mukaista. Asetuksen perusteella komissiolla on laaja mahdollisuus vaatia jäsenvaltiolta tietoja epäillystä sääntöjenvastaisesta

---

[296] Asia C-148/04, *Unicredito Italiano*, k. 14. Laki verosta vapauttamisesta oli tukiohjelma.
[297] Ks. asia C-148/04, *Unicredito Italiano*, k. 69.
[298] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 623.

tuesta, olipa se saanut siitä vihjeen miltä hyvänsä taholta. Komissio voi tällaisessa tapauksessa jäsenvaltiota kuultuaan tehdä päätöksen, jolla jäsenvaltio velvoitetaan keskeyttämään tuen maksaminen, kunnes komissio on tehnyt päätöksen tuen soveltuvuudesta yhteismarkkinoille ja velvoittaa tilapäisesti perimään jo myönnetyn tuen takaisin. Komissiolla on jo tässä yhteydessä oikeus viedä asia yhteisöjen tuomioistuimen ratkaistavaksi.

Komission edellä mainitun asetuksen mukaisia valvontamahdollisuuksia varmistaa osaltaan myös se, että jäsenvaltion on toimitettava komissiolle 17 artiklan mukaan kaikki tarvittavat tiedot sen varmistamiseksi, että kansalliset tukiohjelmat ovat 97 artiklan 1 kohdan mukaisia, sekä 21 artiklan perusteella vuosittain kertomukset kaikista voimassa olevista tukiohjelmista.

6.1.7 Luottamuksensuoja ja laittoman tuen takaisinperintä

Lähtökohtaisesti tuensaajayritykset voivat perustellusti luottaa niille myönnetyn tuen lainmukaisuuteen ainoastaan silloin, kun tukea myönnettäessä on noudatettu perustamissopimuksen 88 artiklan mukaista notifikaatiomenettelyä. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan huolellisen taloudellisen toimijan on yleensä kyettävä varmistumaan siitä, että tätä perustamissopimuksen määräämää menettelyä on noudatettu. Tuomioistuin on todennut erityisesti sen, että kun tuki myönnetään ilmoittamatta sitä ennalta komissiolle, jolloin se on 88 artiklan 3 kohdan nojalla lainvastainen, tuensaaja ei voi perustellusti luottaa siihen, että tuki on myönnetty sääntöjenmukaisesti. Kyseinen jäsenvaltio ja toimija, jota asia koskee, eivät voi enää sen jälkeen vedota oikeusvarmuuden periaatteeseen estääkseen tuen takaisinperinnän.[299] Tuen saajan vilpittömän mielikään ei anna luottamuksensuojaa takaisinperintää vastaan.[300]

Jäsenvaltion tukijärjestelmien osalta perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan vaikutuksiin voidaan vedota myös kansallisessa tuomioistuimessa eli niillä on välitön oikeusvaikutus. Perustamissopimuksen 88 artiklan 3 kohdan viimeisellä lauseella (”Jäsenvaltio, jota asia koskee, ei saa toteuttaa ehdottamiaan toimenpiteitä, ennen kuin menettelyssä on annettu lopullinen päätös.”) on tuomioistuinta suoraan velvoittava vaikutus. Kansallista tuomioistuinta sitoo siten yhteisön oikeuden etusijan välitön oikeusvaikutus. Valtion tukia koskevat perustamissopimuksen määräykset ovat myös kansallisia tuomioistuimia sitovia, vaikka soveltaminen tapahtuukin yleensä kansallisen lainsäädännön perusteella. Yhteisöjen tuomioistuin totesi tämän ennakkoratkaisussa *Lorenz* C-120/73 siten, että jäsenvaltioille asetettu kielto toteuttaa tukitoimenpiteitä koskee kaikkia tukitoi-

---

[299] Asia C-148/04, *Unicredito Italiano*, k. 99.
[300] *Mäenpää*, 2001, s. 225–234.

menpiteitä, jotka on toteutettu ilmoittamatta niistä komissiolle.[301] Kansallisen tuomioistuimen on luonnollisesti tutkittava uuden tuen osalta, täyttyvätkö tuen 87 artiklan 1 kohdan mukaiset edellytykset.[302]

Yhteisöjen tuomioistuimen asiassa *Capolongo* C-77/72 tekemän ennakkoratkaisun mukaan 92 (nykyisin 87) artiklan 1 kohdan välittömän oikeusvaikutuksen edellytyksenä on komission tai neuvoston lainsäädäntötoimi tai yksittäistapausta koskeva 88 artiklan 2 kohdan mukainen soveltamispäätös.[303]

Uuden tuen täytäntöönpanon kielto sisältyy nyt valvonta-asetuksen (EY) 659/1999 kolmanteen artiklaan. Sen mukaan asetuksen 2 artiklan 1 kohdan mukaan ilmoitettavaa tukea ei saa ottaa käyttöön, ennen kuin komissio on tehnyt siitä päätöksen. Kyse on siten kaikista jäsenvaltion suunnittelemista uusista tuista. Komission antamalla väliaikaisella kiellolla tukitoimenpiteiden soveltamisesta on välitön oikeusvaikutus jo notifikaatiomenettelyn alustavan vaiheen aikana. Neuvoston valvonta-asetuksessa (659/1999) on nyt otettu huomioon myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostuneet periaatteet, joten se noudattaa muun muassa edellä todetussa suhteessa tuomioistuimen viitoittamaa linjaa.

Voimassa oleva tuki voidaan ottaa käyttöön siihen saakka, kunnes komissio päättää, että se ei sovellu yhteismarkkinoille.[304] Jäsenvaltion pitäessä tukea voimassa olevana tukena ja kun komissio 88 artiklan 2 kohdan mukaisessa menettelyssä määrittelee tuen uudeksi tueksi, muuttaa komission tätä koskeva päätös välittömästi täytäntöönpanotoimenpiteen sekä siitä hyötyvien yritysten oikeudellisen aseman. Toimenpiteen aloittamisen jälkeen toimenpiteen laillisuudesta on ainakin vahvoja epäilyjä, jolloin jäsenvaltion on keskeytettävä tuen maksaminen. Vastuu tuen mahdollisesta takaisinperinnästä on sen saajilla, koska niiden pitäisi jo tässä vaiheessa pitää takaisinperintää mahdollisena. Luottamuksensuojaan ei tässäkään tapauksessa voida siten vedota.[305]

---

[301] Ks. Asia C-120/73, *Lorenz v. Saksa.* perusteluosan k. 9 sekä ratkaisun kohta 3 ja 4. Tuomioistuin totesi kuitenkin, että vaikka 93 artiklan viimeisessä virkkeessä tarkoitettu välitön oikeusvaikutus velvoittaa kansallisia tuomioistuimia soveltamaan kyseistä määräystä ilman, että kansallisia säännöksiä voidaan asettaa etusijalle tähän merkitykseen nähden, säädetään tämän päämäärän saavuttamiseen tarvittavasta oikeudellisesta menettelytavasta kunkin jäsenvaltion kansallisessa lainsäädännössä.

[302] Asia C-120/73, *Lorenz v. Saksa*, k. 7-9.

[303] Ks. asia C-77/72, *Capolongo v. Maya*, k. 9.4–6. Perustamissopimuksen 92 artiklan 1 kohtaa ei voida tulkita irrallisena vaan 92–94 (nykyisin 87–89) artiklassa perustetun järjestelmän yhteydessä. Vaikka 93 (nykyisin 87) artiklan 3 kohdan viimeisessä virkkeessä määrätään menettelysäännöistä, joita sovelletaan perustettaessa uusia tai muutettaessa olemassa olevia tukijärjestelmiä ja jotka kansallinen tuomioistuin voi ottaa huomioon, sama ei päde 93 (nykyisin 88) artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin olemassa oleviin tukijärjestelmiin.

[304] Asia C-387/92, *Banco de Crédito Industrial*.

[305] Tämä johtopäätös on tehtävissä tuomioistuimen ennakkoratkaisun perusteella asiassa C-400/99, *Italia v. komissio*, k. 57–60.

Edellä todetun oikeuskäytännön ja sen mukaisen valvonta-asetuksen perusteella on todettavissa, että kansallisen tuomioistuimen on ensimmäiseksi arvioitava 87 artiklan 3 kohtaan nojautuvan kanteen osalta se, onko uusi tai toteutettu toimenpide 87 artiklan 1 kohdan mukaista valtion tukea. Mikäli tuomioistuin ei kykene tekemään tästä ratkaisua, se voi pyytää komissiolta sen valtiontukiin yleisesti liittyvän valvontatehtävän johdosta kannanottoa. Sen lisäksi kansalliset tuomioistuimet voivat 234 artiklan mukaan pyytää, ja eräissä tapauksissa niiden on pyydettävä, ennakkoratkaisua yhteisöjen tuomioistuimelta. Tuomioistuimen on myös selvitettävä, onko toimenpiteestä ilmoitettu joko erikseen tai tukiohjelmaan kuuluen. Komissiolla on valta-asetuksen 4 artiklan 5 alakohdan mukaan kahden kuukauden määräaika päätöksensä tekemiseen, ellei aikaa ole jatkettu komission ja jäsenvaltion yhteisellä sopimuksella. Tästä syytä tuomioistuimen on myös tarkistettava, onko komissiolla ollut ilmoittamisen jälkeen riittävästi aikaa. Tämän ajan kuluttua umpeen tuki voidaan panna täytäntöön.[306]

Erikseen on syytä korostaa, että artiklan asetuksen 13 mukaan määräaika ei sido komissiota sääntöjenvastaisen tuen ollessa kyseessä.

Todellisen vaikutuksen perustelemisvelvollisuutta ei komissiolla ole uuden *notifioimattoman* tuen tapauksessa, sillä muutoin perustelemisvelvollisuus tällaisessa tapauksessa saattaisi olla etu verrattuna sellaiseen jäsenvaltioon, joka on huolehtinut *notifikaatiosta* asianmukaisesti.[307] Kun tuki todetaan myönnetyksi 88 artiklan 3 kohdan määräysten vastaisesti ja komissio velvoittaa toimivaltansa mukaisesti kansalliset viranomaiset määräämään tuen palautettavaksi, ei komissio ole velvollinen ilmoittamaan erityisiä perusteita myöskään tämän toimivaltansa käyttämiselle.[308]

Yhteisöjen tuomioistuimen Saksan liittotasavaltaa koskeneen ennakkoratkaisun C-5/98 mukaan sinänsä ei voida pitää yhteisön oikeuden vastaisena sitä, että kansallisessa lainsäädännössä turvataan tuen saajan luottamuksensuoja. Tuen saaja voi vedota sellaisiin poikkeuksellisiin olosuhteisiin, joiden perusteella se on voinut perustellusti luottaa tuen sääntöjenmukaisuuteen ja joiden perusteella se voi kieltäytyä tuen palauttamisesta. Kansallisen tuomioistuimen on arvioitava tällaiset olosuhteet. Lähtökohtana tulkinnassa kuitenkin on, että komissio on tiedottanut mahdollisille valtiontuen saajille Euroopan yhteisöjen virallisessa lehdessä julkaistulla ilmoituksella laittomasti myönnettyjen tukien äärimmäisen epävarmasta luonteesta, jonka vuoksi ne saattavat joutua palauttamaan kyseiset

[306] Asia C-120/73, *Lorenz v. Saksa*, k. 4.
[307] Asia C-301/87, *Ranska v. komissio*, k. 32 ja 33.
[308] Asia C-148/04, *Unicredito Italiano*, k. 104.

tuet.[309] Tämä tarkoittaa sitä, ettei tuen saaja voi yleensä vedota luottamuksensuojaan. Tämän on todennut myös kansallisesti korkein hallinto-oikeus kylpyläinvestointia koskeneessa ratkaisussaan (KHO 27.9.2006, taltio 2472).[310]

6.2 RAHA-AUTOMAATTIAVUSTUKSET VALTION TUKINA

6.2.1 Avustuslain tehtävä suhteessa muuhun avustus- ja tukilainsäädäntöön

Valtionavustuslakia sovelletaan lain 1 §:n 2 momentin mukaan valtion talousarvioon otetuista määrärahoista tai talousarvion ulkopuolella olevasta valtion rahastosta myönnettävään rahoitukseen. Oikeus saada avustusta tai avustuksen määrä taikka käyttötarkoitus riippuu valtion talousarviosta ja sen pohjalta valtion viranomaisen harkintavaltansa nojalla tekemästä päätöksestä. Tuen tarkoituksena on jonkin toiminnan tai hankkeen tukeminen.[311] Valtionavustuslakia sovelletaan kuntien valtionosuuslaissa (1147/1996), opetus- ja kulttuuritoimen rahoituksesta annetussa laissa (635/1998), vapaasta sivistystyöstä annetussa laissa (632/1998) ja sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetussa laissa (733/1992) säädettyyn valtionosuuteen ja valtionavustukseen, jos siitä mainituissa laeissa erikseen säädetään.

Valtionavustuksena ei lain 3 §:n 2 momentin mukaan pidetä lähtökohtaisesti 1) tukea, korvausta tai muuta etuutta, jos oikeus sen saamiseen perustuu lakiin ja myönnettävän määrän määräytymisperuste säädetään yksityiskohtaisesti laissa; 2) lainanantoa valtion varoista eikä siihen liittyvää korko- tai muuta etuutta; 3) valtiontakausta tai -takuuta; 4) korkotukea luottolaitoksen taikka valtion erityisrahoituslaitoksen tai -yhtiön varoista myönnetylle luotolle; 5) valtion verojen tai muiden saamisten maksuhelpotusta tai -vapautusta; ja 6) yksityiselle henkilölle annettavaa sosiaaliavustusta, sosiaalivakuutukseen perustuvaa etuutta tai muuhun lakisääteiseen sosiaaliturvaan liittyvää tukea.

Valtionavustuslaki ei itsessään sisällä Euroopan yhteisön valtiontukisäännöksiä, joista on annettu yhteisön jäsenvaltioita suoraan velvoittavat määräykset. Lain 7 § sisältää vain yleismääräyksenä valtionavustuksia koskevia ehtoja. Avus-

---

[309] Asia C-5/89, *Komissio v. Saksan liittotasavalta*, k. 13–16.
Johdanto-osan 13 kohdan mukaan tämä tapahtuu kansallisen lainsäädännön mukaisesti. Tämä ei saa kuitenkaan vaikeuttaa tehokkaan kilpailun tilanteen palauttamista estämällä komission päätöksen välitön ja tehokas täytäntöönpano.

[310] KHO 27.9.2006, taltio 2472.

[311] Ks. myös HE 63/2001 vp, s. 12 ja 16.

tusta voidaan sen mukaan myöntää muun muassa, mikäli sillä ei arvioida olevan muita kuin vähäisiä kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa.

Valtionavustuslaki on siis yleislaki harkinnanvaraisista valtionavustuksista, ja sen soveltamisesta on suljettu pois erikseen säädellyt valtionavustukset. Jos muussa laissa on tarkoitus kattavasti säännellä jostakin valtionavustuksesta ja siihen liittyvistä menettelyistä, syrjäytyy valtionavustuslaki kokonaisuudessaan. Tämä periaate on ilmaistu lain 3 §:n 1 momentissa siten, että jos muussa laissa on valtionavustuslaista poikkeavia säännöksiä, niitä noudatetaan valtionavustuslain sijasta. Valtionavustuslakia ei sovelleta muun muassa sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetussa laissa (733/1992) säädettyyn valtionosuuteen tai avustukseen.

Valtionavustuslain tavoitteena on toteuttaa perustuslain asettamat vaatimukset asianmukaisesta sääntelyn tasosta siltä osin kuin on kysymys asetuksenantovaltuuksista sekä yksityisten valtionavustuksenhakijoiden ja saajien velvoitteiden perusteista. Lisäksi tavoitteena on turvata perustuslaissa tarkoitetut hyvän hallinnon takeet harkinnanvaraisten valtionavustusten myöntämiseen, maksamiseen, käytön valvontaan sekä palauttamiseen ja takaisinperintään liittyvissä viranomaismenettelyissä ja käytettäessä viranomaisten toiminnan apuna ulkopuolisia tilintarkastajia ja muita asiantuntijoita.[312]

Arpajaislain 17 §:n 2 momentin mukaan Raha-automaattiyhdistyksen tuottojen käyttötarkoituksena on terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistäminen. Tämä tarkoitus poikkeaa siten olennaisesti niistä tavoitteista, joita yritystuella tavoitellaan. Lakia yritystuen yleisistä ehdoista (786/1997) sovelletaan lain 1 §:n 1 momentin mukaan, mikäli muualla laissa ei toisin säädetä, annettaessa suoraan tai välillisesti valtion varoista yritystukea muuhun elinkeinotoimintaan kuin varsinaiseen maa- ja metsätalouteen tai kalastukseen. Lain 2 §:n mukaan yritystukiohjelmalla on edistettävä kansantalouden kasvuedellytyksiä sekä lisättävä yritystoiminnan tehokkuutta. Yritystukiohjelma on kohdennettava ensisijaisesti sellaisiin tarkoituksiin, joilla poistetaan puutteita markkinoiden toiminnassa.

Lain esitöiden mukaan elinkeinotoiminnalla tarkoitetaan liike- ja ammattitoimintaa, kuten elinkeinotulon verottamisesta annetussa laissa (360/1968). Soveltamisalaan kuuluvat myös palvelut. Lakia ei sovelleta kulttuuriin, liikuntaan eikä muuhun yleishyödylliseen toimintaan tai siihen rinnastettavaan toimintaan annettavaan tukeen. Yritystuella tarkoitetaan 2 §:n mukaan 1 §:ssä tarkoitettuun toimintaan annettavaa valtion avustusta ja korkotukea sekä sellaista lainaa, takausta, takuuta tai muuta rahoitusta, johon sisältyy saajalle tukea; yritystukena ei kuitenkaan pidetä verojärjestelmän kautta annettavaa tukea. Tarjouskilpailun

[312] HE 63/2001 vp, s. 11.

perusteella tehtävät julkiset hankinnat eivät ole yritystukea (ks. HE 252/1996 vp, s. 11 ss).[313]

Rahapeliyhteisön eli Raha-automaattiyhdistyksen avustustoimintaan sisältyy mm. ehdotuksen tekeminen tuottojen jakamisesta sekä tuotoista myönnettävien avustusten maksaminen ja käytön valvonta. Arpajaislakiin sisällytettiin vain avustuksenjakoa koskevat perussäännökset. Tarkoitus oli arpajaislain perusteella antaa avustuksenjakoa koskevat säännöt asetuksella. Lakitasoisen säätämisen tarve syntyi kuitenkin perustuslakivaliokunnan vaatimuksesta, koska avustustoiminnassa oli eräiltä osin kysymys perustuslain 124 §:n mukaisesta julkisesta hallintotehtävästä, josta oli säädettävä lailla.[314] Perustuslakivaliokunnan lausunnon (PeVL 23/2000 vp, s. 4 ss.) mukaan avustuksen palauttamisesta ja takaisinperinnästä tuli säätää lailla eikä asetuksella. Myös eräitä muita, kuten valvontaa koskevia säännöksiä oli täsmennettävä siten, että toimivaltuudet olivat laissa. Laki raha-automaattiavustuksista valmisteltiin arpajaislain valmistelun jälkeen.

Valtionavustuslain 3 §:n 1 momentin mukaan laki ei koske raha-automaattien, kasinopelien eikä pelikasinotoiminnan tuotoista myönnettäviä avustuksia. Avustuslaki on näin lain nimenomaisen rajauksen mukaisesti valtionavustuslakiin nähden erityislaki.[315] Samoin avustuslaki on yritystuen yleisistä ehdoista annettuun lakiin nähden erityislaki, jolloin viimeksi mainitun lain ehdot eivät tule avustustoiminnassa sovellettaviksi. Tämä on sikälikin luonnollista, että raha-automaattiavustuksilla ei ole arpajaislain mukaisen tuoton käyttötarkoituksen mukaan tarkoitettu tukea yritystoimintaa, vaan aatteellisten ja yleishyödyllisten järjestöjen terveyttä ja sosiaalista hyvinvointia edistävää toimintaa.

6.2.2 Raha-automaattiavustukset valtion tukina

Valtion talousarviossa Raha-automaattiyhdistyksen tuotot näkyvät sosiaali- ja terveysministeriön hallinnonalan tulona. Vastaavasti valtion talousarviossa olevaan sosiaali- ja terveysministeriön hallinnonalan pääluokkaan 33 sisältyy luku 92, jossa on määritelty tuoton käyttö.[316] Avustuslain 6 §:n 2 momentin mukaan päätöksen avustusten jaosta tekee valtioneuvosto. Aikaisemmassa Raha-auto-

---

[313] HE 252/1996 vp, s. 12.
[314] PeVL 23/2000 vp, s. 4–5. Ks. myös HE 63/2001 vp, s. 12.
[315] Tämä ilmenee myös avustuslakia (1056/2001) koskeneesta hallituksen esityksestä. HE 197/2001 vp, s. 7.
[316] Valtion talousarvio vuodelle 2003, Suomen säädöskokoelma 1256/2004. Tuoton käyttö vuonna 2005 on jaettu seuraavasti: avustukset yhteisöille ja säätiöille terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseen (arviomääräraha) 313 000 000 euroa, valtion korvaus sotainvalidien laitosten käyttökustannuksiin (siirtomääräraha 2 v) 59 707 000 euroa, eräät kuntoutustoiminnan menot (siirtomääräraha 2 v) 2 950 000 euroa ja rintamaveteraanien kuntoutustoiminnan menot (siirtomääräraha 2 v) 47 788 000 euroa.

maattiyhdistystä koskevassa tutkimuksessa on todettu, että raha-automaattiavustukset ovat oikeudelliselta luonteeltaan harkinnanvaraista valtionapua. Avustuspäätös tehdään tarkoituksenmukaisuusharkintaa käyttäen, sillä millään yhteisöllä tai säätiöllä ei ole nimenomaista lakiin perustuvaa oikeutta avustuksen saamiseen.[317] Tämä luonnehdinta ei kuitenkaan vielä riitä vastaamaan selvästi kysymykseen, ovatko nämä avustukset kiellettyä valtion tukea tai yritystukea. Valtioneuvoston päättäminä ne ovat joka tapauksessa perustamissopimuksen 97 artiklan 1 kohdan tarkoittamalla tavalla valtion varoista myöntämää valtion tukea.

Avustuslain 4 §:n 2 momentin mukaan avustus ei saa yhdessä muiden julkisten avustusten kanssa ylittää Euroopan yhteisön tai Suomen lainsäädännössä säädettyä valtionavustuksen tai julkisen tuen enimmäismäärää. Avustuslaki edellyttää siten yhteisön valtiontukisäännösten ohella huomioon otettavaksi myös kansalliset määräykset tuen enimmäismäärästä.

Julkisella avustuksella tarkoitetaan avustuslain 2 §:n 1 momentin määritelmäkohdan 2 mukaan valtion, kunnan tai muun julkisyhteisön tai julkisoikeudellisen laitoksen tai säätiön antamaa tai sen varoista maksettavaa avustusta, samoin kuin Euroopan yhteisön tai muista Euroopan yhteisön varoista myönnettävää tukea verojärjestelmän kautta annettavaa tukea lukuun ottamatta. Euroopan yhteisön tai muista Euroopan yhteisön varoista myönnettävällä tuella tarkoitetaan 3 kohdan mukaan Euroopan yhteisöjen talousarvioista tai muista Euroopan yhteisön hallinnassa olevista varoista myönnettävää avustusta, lainaa ja muuta rahoitusta, takausta, maksuhelpotusta ja muita taloudellisia etuuksia. Neljännen kohdan mukaan julkisella tuella tarkoitetaan 2 kohdassa tarkoitettujen julkisten avustusten lisäksi valtion, kunnan tai muun julkisyhteisön tai julkisoikeudellisen laitoksen antamaa tai sen varoista maksettavaa lainaa, korkotukea, takausta, maksuhelpotusta ja muuta näihin rinnastettavaa taloudellista etua verojärjestelmän kautta annettavaa tukea lukuun ottamatta.

Avustuslakiin sisällytettiin myös muita määräyksiä, muun muassa edellä todetut 4 §:n 1 momentin 5 kohdan ja 4 §:n 2 momentin säännökset. Myös eräät muut valtionavustuslakia vastaavat säännökset, kuten avustuksen käytön valvonta ja takaisinperintä, sisällytettiin avustuslakiin.[318]

Avustuslain säännösten yhtäläisyys valtionavustuslain määräysten kanssa on havaittavissa myös suoraan lain sanamuodosta. Edellä olevat markkinoiden toimintaa, kilpailua ja Euroopan talousalueen valtiontukisääntöjä koskevat säännökset olivat samoja kuin valtionavustuslaissa. Kumpikaan laki tai niiden valmisteluasiakirjat eivät anna ohjausta näiden sääntöjen tarkemmasta sisällöstä. Valtioavustuslain valmisteluasiakirjat osoittavat kuitenkin sen, että lain tarkoi-

---

[317] Ks. *Myllymäki – Tetri*, 2001, s. 144.
[318] Ks. HE 75/2001, s. 5.

tuksena on varmistaa myös yhteisön valtiontukisääntöjen noudattaminen (HE 63/1999 vp). Yhtäläisesti valtionavustuslain tavoitteiden kanssa avustuslain 4 §:n 2 momentin säätämisellä on katsottava siten olleen se tarkoitus, etteivät avustukset missään tilanteessa muodostuisi normin vastaiseksi valtiontueksi.

Yhteisön oikeuden tarkoittamassa mielessä yksityisoikeudellisessa muodossa toimiva elin voi olla jäsenvaltion lukuun laskettava taho, jos sille on annettu valtion toimenpiteellä tehtäväksi valtion valvonnassa tai ohjauksessa julkinen palvelutehtävä ja jos sille on määritelty toimivalta julkisen vallan käyttöön ja tällaisella toimivallalla on erityinen oikeusperusta.[319] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella on pidetty ilmeisenä, että myös välillinen julkishallinto kuuluu pääosin jäsenvaltiota koskevan yhteistyö- ja lojaliteettivelvollisuuden alaan.[320] Konkreettisina arviointikriteereinä ovat toimivalta julkisen vallan käyttöön ja valtion mahdollisuus valvoa tai ohjata elimen toimintaa.[321]

Välillinen julkinen hallinto määritellään tavallisesti siten, että kysymys on sellaisesta julkisen vallan käytöstä tai sellaisten julkisten tehtävien hoidosta, jotka organisatorisesti sijoittuvat perinteisen valtionhallinnon, kunnallishallinnon ja muun itsehallinnon ulkopuolelle. Tällaiset yksiköt eivät kuulu julkisyhteisöjen hierarkkiseen ohjaus- ja valvontasuhteiden verkkoon.[322] Raha-automaattiyhdistyksen toiminnan tarkoituksesta on säädetty arpajaislain (1047/2001) 12 §:n 2 momentin perusteella annetussa valtioneuvoston asetuksessa Raha-automaattiyhdistyksestä (1169/2001). Raha-automaattiyhdistyksen muodollista asemaa välillisenä valtionhallinnon orgaanina vahvistaa erityisesti se, että raha-automaattiasetuksen 17 §:n mukaan yhdistyksen toiminnassa on noudatettava hallintolakia käsiteltäessä yhdistyksen tuotoista myönnettäviä avustuksia koskevia päätöksiä. Arpajaislain 54 §:n 1 momentin mukaan rahapeliyhteisön luottamus- ja toimihenkilöiden esteellisyydestä on voimassa, mitä hallintomenettelylaissa (589/1982) säädetään virkamiehen esteellisyydestä. Toisen momentin mukaan toimihenkilöt ovat virkavastuun alaisia ja kolmannen momentin mukaan vastaavasti luottamushenkilöt osallistuessaan arpajaislaissa tarkoitetusta jakoehdotuk-

---

319 *Ojanen*, 1999a, s. 1077.

320 Asia C-188/89 *Foster ym.*, k. 20. Tuomioistuin viittasi aikaisempaan oikeuskäytäntöönsä, jonka mukaan direktiivin säännöksiin voitiin vedota veroviranomaisia vastaan (C-221/88, *EHTY v. Faillite Acciaierie e Ferriere Busseni*), alueellisia julkisyhteisöjä vastaan (asia C-103/88, *Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*), yleisestä järjestyksestä ja turvallisuudesta vastuussa olevia perustuslaillisesti riippumattomia viranomaisia vastaan (asia C-222/84, *Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*) sekä julkisen terveydenhuollon viranomaisia vastaan (asia C-152/84, *Marchal v. South-West Mapshire Area Health Authority*). Perustamissopimuksen 5 (nykyisin 10) artiklan vaikutuksista kansallisessa oikeudenkäytössä *Lang*, 1990, s. 645 ss.

321 Ks. tästä yksityiskohtaisemmin *Mäenpää*, 2001, s. 108–112 ja 162.

322 Ks. *Myllymäki*, 2007, s. 343 ss.

sesta päättämiseen.[323] Perustamissopimuksen 10 artiklan sisältämä *yhteistyö- ja lojaliteettivelvoite* on keskeinen jäsenvaltioita koskeva vaatimus. Artikla koskee viranomaisten lisäksi myös yksityisiä elimiä, joille on delegoitu valtiolle kuuluvaa valtaa.

Avustuslain julkista tukea koskevat määritelmät vastaavat yhteisöjen tuomioistuimen omaksuman tulkinnan mukaista perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan tarkoittamaa julkista tukea. Lakiin sisältyvien kieltosäännösten tarkoituksena on ollut varmistaa se, ettei avustuksilla olisi Euroopan talousalueella merkittäviä kilpailua tai markkinoiden toimintaa häiritseviä vaikutuksia. Nämä vaikutukset ilmenevät yleensä oman maan kansalaisten tai yritysten asettamisena toisen maan kansalaisiin tai yrityksiin nähden edullisempaan asemaan tukia myöntämällä.

Avustuslain julkisia tukia koskeva määritelmä on suhteessa valtiontukisääntöihin sikäli tulkinnanvarainen, ettei laissa itsessään taikka sitä koskevissa valmisteluasiakirjoissa selvästi ilmaista, missä tilanteessa raha-automaattiavustus voisi olla perustamissopimuksen tarkoittamaa julkista tukea. Tämä kysymys on sikäli aiheellinen, että avustuslailla on haluttu erikseen säätää Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettävistä avustuksista, eikä valtionavustuslain määräyksiä ulotettu koskemaan samalla myös kyseistä avustustoimintaa. Kysymys on aiheellinen myös siksi, että arpajaislain 17 §:n 2 momentin avustusten käytölle asettamana tavoitteena on terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistäminen. Avustusten käytölle ei siten ole asetettu kansantalouden kasvuedellytyksiä ja yritystoiminnan tehokkuutta edistäviä tavoitteita, jotka ovat yritystukien tavoitteina. Sikäli kuin tuet kohdistuvat sosiaali- ja terveysjärjestöjen harjoittamaan palvelutoimintaan, niiden tavoitteen voi katsoa olevan kyseisten palvelujen rahoittaminen, toisin sanoen yhtäläinen lähinnä STVOL-lainsäädännön tavoitteiden kanssa.[324] Raha-automaattiyhdistyksen avustusten tarkoituksena ei ole edistää sellaisia tavoitteita, jotka sisältyvät neuvoston ryhmäpoikkeusasetukseen (EY) N:o 994/1998. Asetuksen perusteella komission asetuksissa määrätyin edellytyksin muun muassa pienille ja keskisuurille yrityksille ja tutkimukselle ja kehittämiselle sekä työllistämiselle ja koulutukselle annetun julkisen tuen voidaan katsoa soveltuvan yhteismarkkinoille.

Arpajaislain 21 §:n 1 momentin mukaan avustuksia Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista voidaan myöntää vain avustuksen myöntämiseen oikeuskelpoisille

---

[323] Raha-automaattiyhdistyksen on katsottu kuuluvan välilliseen valtionhallintoon valtionvarainministeriön teettämässä kartoituksessa kyseisen alueen laajuudesta. Ks. Välillinen valtionhallinto -hankkeen muistio, s. 139.

[324] Yritystuen myöntämisen tulee olla kansantalouden kokonaisedun kannalta perusteltua tavoitteenaan talouden kasvuedellytysten edistäminen ja yritystoiminnan tehokkuuden lisääminen. Edellä mainittujen yleisten tavoitteiden saavuttamiseksi tuen tulee olla luonteeltaan sellaista, että se poistaa ja korjaa markkinoiden toiminnan puutteita. Ks. HE 252/1996 vp, s. 12.

yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille. Avustuksia ei voida näin ollen myöntää voittoa tavoitteleville yrityksille. Perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan sisältämällä tuen selektiivisyyden kiellolla on tarkoitus estää kansallisten tukitoimenpiteiden vaikutus jäsenmaiden välisessä kaupassa. Raha-automaattiyhdistyksen avustusjärjestelmä on valikoiva ja sen mukaiset tuet kuuluvat perustamissopimuksen 87 ja sitä seuraavien artikloiden soveltamisen piiriin. Edellytyksenä on kuitenkin se, että tuen saajaa voidaan pitää artiklan tarkoittaman yrityksenä.

Yhteisön nykyisten valtiontukisäännösten perusteella avustuslain mukaista järjestelmää ei voida yritystukijärjestelmänä *notifioida*, sillä asetus (EY) 994/1998 ei anna komissiolle mahdollisuutta ryhmäpoikkeuksen taikka poikkeuksen yksittäisenkään tuen osalta antamiseen sillä perusteella, että tuen tarkoitus on sosiaali- ja terveyspoliittinen. Tuen hyväksyttävyyttä arvioidaan sen todellisen vaikutuksen perusteella, mikä sillä on kilpailuun ja markkinoiden toimivuuteen. Perusongelmaksi muodostuu myös avustusten selektiivinen luonne. Samasta syytä ei ole mahdollisuutta *notifioida* yksittäistäkään tukea. *Notifikaatiomenettelyn* pohtiminen on ylipäätänsä tarpeetonta, jos tarkoituksena on pitää kiinni raha-automaattiavustusten yritystukiin nähden perustavaa laatua olevasta käyttötarkoituserosta. Avustuslain säätämisellä on haluttu tukea järjestöjen, muun muassa aatteellisten yhdistysten harjoittamaa yleishyödyllistä toimintaa terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämisessä. Tarkoitus on aivan muu kuin yhteisön ja kansallisissa valtiontuissa, sillä tukien tarkoituksena on synnyttää mm. uusia työpaikkoja ja edistää tuotekehitystä ja siten eurooppalaisen teollisuuden kilpailukykyisyyttä.

Edellä todetusta huolimatta avustuslain 4 §:n 2 momentin säännöksen sisällyttäminen lakiin pitää jo sisällään sen olettamuksen, että tuki voi joissain tapauksissa olla yhteisön tai kansallisten tukisääntöjen vastaista julkista tukea tai avustusta.[325] Tarkoituksena on ollut ottaa huomioon yhteisön valtiontukisääntöjen sääntelytarkoitus. Avustuslain edellä todettu määräys tarkoittaa jo sanamuotonsa mukaan sitä, ettei raha-automaattiavustusta, olipa se yhteisön oikeuden tarkoittamaa tukea tai ei, saa myöntää, jos se muun yhteisön tai kansallisen lainsäädännön perusteella annettavan julkisen avustuksen tai tuen kanssa ylittää säädetyt enimmäismäärät. Näitä lukuisia rajoja, joiden määrä perustuu yhteisön aikaisemmassa vaiheessa läpikäytyihin asetuksiin, ei ole tarkoituksenmukaista tässä kerrata.

Järjestö ei ole valtion tukea koskevien sääntöjen tarkoittama yritys silloin, kun se harjoittaa vastikkeelliseen sopimukseen perustumatonta toimintaa, kuten edunvalvontaa taikka tukihenkilö- ja vapaaehtoistoimintaa. Yritystukiin nähden

---

[325] Tämä ilmenee myös sanamuodosta ”Avustus ei yhdessä *muiden* julkisten avustusten kanssa saa – – (kursiivi kirjoittajan)”.

raha-automaattiavustusten käytön perustavaa laatua olevasta tavoite-erosta huolimatta järjestöjen saamaa tukea voidaan kuitenkin pitää perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan mukaisena julkisena tukena, mikäli tukea saavaa järjestöä voidaan pitää yhteisön oikeuden mukaisena yrityksenä. Tämä tunnusmerkistö täyttyy silloin, kun järjestö tuottaa sosiaali- ja terveyspalveluja, joiden tuottaminen perustuu suoraan asiakkaan tai kunnan kanssa tehtyyn sopimukseen. Palvelujen tuottamisessa syntyy sopimussuhde kahden oikeudellisesti erillisen osapuolen välillä. Vastikkeen suorittajana on asiakas, kunta taikka osittain kunta ja asiakas yhdessä.[326]

Myös järjestön harjoittama kokeilu- ja kehittämistoiminta saattaa funktionaalisesti täyttää yrityksen tunnusmerkit, mikäli kehitystoiminnan tulokset johtavat mahdollisuuteen hyödyntää niitä taloudellisen edun muodossa kaupallisesti markkinoilla. Siten periaatteellisesti vain järjestön järjestötoiminnan tutkimukseen ja kehittämiseen myönnetty avustus ei ole kiellettyä valtiontukea. Ehdot, joilla komissio on tiedonannossaan hyväksynyt tutkimus- ja kehitystoimintaan annetut julkiset tuet, eivät ole sovellettavissa järjestöihin. Toistaiseksi kynnyskysymyksenä on se, että tuen saajana tulisi olla korkeakoululaitos tai voittoa tavoittelematon tutkimuslaitos. Viimeksi mainitussa tapauksessakin lisävaatimuksena on, ettei tuella saa olla kielteistä vaikutusta kilpailuun.[327]

Hallituksen avustuslakia koskevassa esityksessä (HE 75/2001 vp, s. 9) todetaan yleisemmin se, että 4 §:n 1 ja 2 momentissa säädettäisiin yleisistä avustuksen myöntämisen edellytyksistä, joiden täyttyminen on avustuksen myöntämisen ”*ehdoton oikeudellinen*” edellytys.[328] Sosiaali- ja terveysministeriö voi avustuslain 28 §:n 3 momentin nojalla päätöksellään määrätä avustuksen maksamisen lopetettavaksi sekä jo maksetun avustuksen takaisin perittäväksi, jos Euroopan yhteisön lainsäädännössä sitä edellytetään.

Avustuksen myöntämistä koskeva harkinta on siten laillisuusharkintaa. Avustushakemuksia käsittelevän rahapeliyhteisön tulee selvittää, onko Suomen tai Euroopan yhteisön lainsäädännössä julkisen tuen enimmäismäärää koskevia säännöksiä. Jos tällaisia säännöksiä on sovellettavana, tulee rahapeliyhteisön riittävällä tavalla selvittää avustuksen saajan saamat muut tuet.[329]

---

[326] Laissa yritystuen yleisistä ehdoista (786/1997) yritystuella tarkoitetaan *elinkeinotoimintaan* annettavaa tukea tietyin laissa määritellyin poikkeuksin. Hallituksen lakia koskevan esityksen 1 §:n yksityiskohtaisten perustelujen mukaan elinkeinotoiminnalla tarkoitetaan tämän lain soveltamisessa samaa kuin elinkeinotoiminnan verottamisesta annetussa laissa (360/1968), jossa sillä tarkoitetaan liike- ja ammattitoimintaa.

[327] Ks. yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä sekä komission tiedonannosta ja päätöksistä *Kleis – Nicolaides*, 2006, s. 506.

[328] HE 75/2001 vp, s. 9.

[329] HE 75/2001 vp, s. 10.

Avustuksen saajalla ei ole mahdollista vedota luottamuksensuojaan, sillä yhteisön valtiontukia koskevalla lainsäädännöllä on välitön oikeusvaikutus, joka on vielä varmistettu erikseen avustuslailla. Samoin avustuslaissa on varmistettu mahdollisuus tuen takaisinperintään.

Implisiittisesti avustuslain 4 §:n 2 momentti sisältää sen mahdollisuuden, että tuki on joissain tapauksissa valtiontukisääntöjen piiriin kuuluvaa, mutta vain sellaisen enimmäismäärä on rajoitettu. Edellä jo todetun mukaisesti ei yhteisön erityisiä pieniä ja keskisuuria yrityksiä koskevia asetuksia, jotka sisältävät määräyksiä tuen enimmäismääristä, voida soveltaa raha-automaattiavustuksiin. Euroopan yhteisön *de minimis* -asetus (EY) n:o 1998/2006 sen sijaan koskee kaikkea valtiontukea, lähtökohtaisesti riippumatta sen käyttötarkoituksesta. Kyseisessä asetuksessa on hyväksytty periaate, jonka pääsäännön mukaan tuki, joka ei ylitä 200 000 euron enimmäismäärää kolmen vuoden ajanjaksolla, ei vaikuta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan eikä vääristä tai uhkaa vääristää kilpailua. Komission asetuksen poikkeussäännöstä ei 1 artiklan c kohdan mukaan sovelleta aivan ehdottomasti, sillä asetusta ei sovelleta tukeen, jolla suositaan kotimaisia tuotteita tuontituotteiden kustannuksella. Siten tällainen pienikin ulkomaisia tuotteita koskeva diskriminointi poistaa mahdollisuuden vedota asetuksen antamaan poikkeukseen.

Avustuksella voi edellä mainitulla tavalla olla epäsuorasti kiellettyjä vaikutuksia, mikäli avustusehdoksi asetettaisiin palvelujen tai tavaroiden ostaminen kotimaisilta toimittajilta. Raha-automaattiavustuksilla tuettu kansainvälinen toiminta rajoittuu nykyisellään pääsääntöisesti järjestöjen toiminta-avustuksilla tuettuun toimintaan. Rajoitetun kansainvälisen toiminnan muodot vaihtelevat tietotaidon vaihdosta kansainvälisten asiantuntijatilaisuuksien järjestämiseen.[330] Tällaisilla rajauksilla myönnetyillä avustuksilla ei ole kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia.

Edellä viimeksi todettu asetuksen käyttämisen rajoitus ilmenee ensimmäisen asteen tuomioistuimen oikeuskäytännöstä. Tuki ei saa ohjautua siten, että toisesta jäsenmaasta oleva tarjoaja esimerkiksi palvelujen tai tavaroiden alihankkijana tulisi syrjinnän kohteeksi. Tämä edellytys on asetettu ehdoksi perustamissopimuksen 87 artiklan 2 a kohdassa myös silloin, jos tuki ohjataan yksittäiselle kuluttajalle suoraan sosiaalisena tukena esimerkiksi palvelusetelien muodossa. Tämä johtopäätös on tehtävissä edellä käsitellyn yhteisön oikeuskäytännön perusteella.[331]

---

[330] RAY, RAY:n avustama kansainvälinen toiminta ja sen tulevaisuus, *Raimo Viiansuo ja Ilkka Repo.*

[331] Edellä käsitellyt yhdistetyt asiat T-116/01 ja T-118/01, *P & O European Ferries (Vizcaya) v. komissio* ja asia T-14/96, *BAI v. komissio.*

Sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta kyse ei toistaiseksi ole herkästä alueesta, sillä käytännössä palvelujen liikkuvuus on vielä varsin vähäistä. On kuitenkin mahdollista, että myös *de minimis* -asetuksen puitteissa myönnetyllä tuella on kiellettyjä vaikutuksia, jos tuki myönnetään esim. julkisen hankintayksikön järjestämässä kilpailussa, jossa tarjoajista vain kotimainen taloudellinen toimija on saanut tukea, mutta toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut ei.

Suoraan kuluttajalle palveluseteleinä toteutettava avustus, joka ei kylläkään nykyisin sisälly Raha-automaattiyhdistyksen arpajaislain mukaiseen avustusjärjestelmään, olisi perustamissopimuksen 87 artiklan 2 kohdan hyväksymää sosiaalista tukea. Tätäkään tukea ei saa myöntää siten, että se tosiasiallisesti kohdistetaan selektiivisesti vain kotimaisille palvelujen tuottajille.

6.3 KILPAILUSÄÄNNÖT JA JULKISET TUET

Avustuslain 4 §:n 2 momentti edellyttää edellä käsitellyn mukaisesti, ettei avustus voi ylittää Euroopan yhteisön tai Suomen lainsäädännössä säädettyjen valtionavustusten tai julkisten tukien enimmäismäärää. Seuraavaksi on tarkoitus pyrkiä selvittämään, onko näillä määräyksillä keskinäistä yhteyttä. Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan avustus voidaan myöntää talousarvion puitteissa, jos ”avustuksen myöntämisen ei arvioida aiheuttavan muita kuin vähäisiä kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa”. Avustuslaki näyttäisi siten viittaavan erityisesti Euroopan yhteisön sisämarkkinoiden kehittämistä ja yhteisön kilpailupolitiikkaa koskeviin tavoitteisiin. Avustuksien vaikutuksia voidaan arvioida myös kansallisten kilpailu- ja elinkeinopoliittisten tavoitteiden kannalta. Kilpailupolitiikka ja elinkeinopolitiikka kytkeytyvät läheisesti toisiinsa. Elinkeinopolitiikalla tarkoitetaan kaikkien niiden toimenpiteiden kokonaisuutta, joilla julkinen valta pyrkii edistämään yritysten toimintaedellytyksiä.[332] Avustuslain taustaolettamuksena näyttäisi siten olevan, että joissain tapauksissa avustuksilla saattaisi olla yhteisön tason kilpailu- ja markkinoiden toimivuusvaikutuksia.

Avustuslailla saattaa olla myös oma itsenäinen, yleisestä kilpailunrajoituslaista poikkeava tai sitä täydentävä tarkoitus. Siten esimerkiksi (esimerkiksi määräävää markkina-asemaa koskevien) kilpailusääntöjen yhteydessä sovellettavat relevanttien markkinoiden piirteet eivät sellaisenaan sovellu avustuslain soveltamiseen. Erityisesti yksityisiä yrityksiä edustavat tahot ovat väittäneet raha-automaattiavustuksien vaikuttavan kilpailuun vääristävästi, joten käytännössä avustuksien ja kilpailuvaikutuksien katsotaan liittyvän toisiinsa. Jäsenvaltion *de mi-*

[332] Ks. yritystuista ja elinkeinopolitiikasta *Mäkinen – Paloranta – Pokela – Vuori*, 2006, s. 47 ss.

nimis -asetuksen puitteissa myöntämillä tuella, tässä tutkimuksessa raha-automaattiavustuksilla, ei kuitenkaan katsota olevan kielteisiä vaikutuksia yhteisön jäsenmaiden väliseen kauppaan. Tämä ei sellaisenaan vielä riitä toteamaan sitä, onko tuella kansallisia vaikutuksia, jotka tulisi ottaa yhteisön tason vaikutusten lisäksi huomioon.

6.3.1 Kilpailunrajoituslain ja EY:n kilpailusääntöjen soveltamisen järjestys

Kun kilpailunrajoituksella on vaikutuksia jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, määräytyy perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklojen ja kansallisen kilpailunrajoituslain välinen soveltamishierarkia täytäntöönpanoasetuksen 1/2003 artiklan 3 nojalla. Artiklan 3 mukaan, jos jäsenvaltioiden kilpailuviranomaiset tai kansalliset tuomioistuimet soveltavat kansallista kilpailulainsäädäntöä perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitettuihin sopimuksiin, yritysten yhteenliittymien päätöksiin tai yhdenmukaistettuihin menettelytapoihin, jotka saattavat vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, niiden on sovellettava 81 artiklaa. Asetuksessa on säädetty mahdollisuus kansallisten ja Euroopan yhteisön kilpailusääntöjen rinnakkaiseen soveltamiseen myös silloin kun kauppakriteeri ei täyty. Toiseksi 3 artikla velvoittaa kansallisia kilpailuviranomaisia soveltamaan perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklaa kaikissa tapauksissa, joissa kauppakriteeri täyttyy.[333]

Kilpailuvaikutuksella tarkoitetaan sitä, että toimenpiteiden tarkoituksena on taikka niistä seuraa, että kilpailu estyy, rajoittuu tai vääristyy yhteismarkkinoilla. Kriteeri vetää siis pääpiirteittäisen rajan puhtaasti kansallisten ja Euroopan yhteisön tasolla ilmenevien kilpailunrajoitusten välille. Jos toimenpiteellä, johon ”yritykset” ryhtyvät, ei ole minkäänlaista vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, voidaan kilpailunrajoitustoimeen soveltaa korkeintaan asianomaista kansallista lainsäädäntöä. Kilpailunrajoitustoimella ei ole tällöin ”yhteisöllistä ulottuvuutta”.[334]

Kansallisten viranomaisten ja komission toimivallanjakoa selvennettiin edellä todetun täytäntöönpanoasetuksen mukaisesti 1 päivänä toukokuuta 2004 voimaan tulleella kilpailunrajoituslain muutoksella (30.4.2004/318).

Jo ennen tätä kansalliset viranomaiset olivat olleet velvollisia soveltamaan mainittuja kilpailuartikloita eräissä tapauksissa niiden suoran oikeusvaikutuksen johdosta.[335] Nykyisin kilpailunrajoituslakiin sisältyykin uusi 1 a §, jonka mukaan, kun kilpailunrajoitus on omiaan vaikuttamaan Euroopan yhteisön jäsenval-

---

[333] *Alkio – Wik*, 2004, s. 139 ss.
[334] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 521.
[335] Asia C-127/73, *BRT v. SABAM*, k. 16.

tioiden väliseen kauppaan, sovelletaan Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 ja 82 artikloita suoraan. Kansallisen oikeuden ja yhteisön oikeuden välisten ristiriitatilanteiden voidaan jatkossa katsoa hallituksen esityksen (HE 11/2004 vp, s. 29) mukaan olevan poikkeuksellisia.[336]

Kauppakriteeri ja kilpailukriteeri liittyvät välittömästi edellä mainittuihin yhteisön kilpailuoikeutta koskeviin 81 ja 82 artiklaan. Jo pelkkä 81 artiklassa tarkoitettu sopimuksen olemassaolo, joka tähtää markkinoiden jakoon jäsenvaltioiden välillä, horisontaalisiin hintakartelleihin, tuotantokiintiöiden jakoon tai kollektiivisiin syrjintä-, boikotti- ja etuoikeusjärjestelmiin, tekee sopimuksesta tai muusta menettelystä artiklan 81 vastaisen.[337] Tähän kategoriseen kieltoon voi tuoda lievennyksen vain *de minimis* -sääntö, joka koskee sekä kauppa- että kilpailukriteeriä. Mainittu sääntö koskee siis vain 81 artiklan tarkoittamia sopimuksia ja vastaavia järjestelyjä, mutta ei sen sijaan 82 artiklan määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä. Jotta sopimus vaikuttaisi jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, on oltava nähtävissä riittävällä todennäköisyydellä ja objektiivisten oikeudellisten tai tosiasiallisten seikkojen perusteella, että se saattaa vaikuttaa välillisesti tai välittömästi, tosiasiallisesti tai mahdollisesti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan tavalla, joka voisi haitata jäsenvaltioiden välisten yhtenäismarkkinoiden tavoitteiden toteuttamista.[338]

Komissio on antanut *soft law* -tyyppisen tiedonannon kilpailunrajoituksen vähämerkityksellisyydestä. Nykyinen ns. *de minimis* -tiedonanto on vuodelta 1997. Tiedonannossa komissio on yhteisön oikeuskäytännön perusteella rajannut 81 artiklan 1 kohdan soveltamisalasta sopimukset, joiden vaikutus yhteisön sisäiseen kauppaan tai kilpailuun ei ole ”tuntuva”. Myöskään sopimukset, joiden tarkoituksena tai vaikutuksena ei ole ”tuntuva” kilpailun rajoittaminen, eivät kuulu edellä mainitun perustamissopimuksen kohdan soveltamisen piiriin. Tällaisia sopimuksia on arvioitava vain kansallisen lain perusteella.[339] Tiedonannossa lähtökohtana ovat olleet sekä kauppakriteerin että kilpailukriteerin ulottuvuu-

---

[336] HE 11/2004 vp, s. 29. Kilpailunrajoituslaissa määritelty toimivalta määräytyy neuvoston asetuksen (EY) N:o 1/2003 mukaisesti. EYVL, L 1, 4.1.2003, s. 1–25.

[337] Ks. *Joutsamo ym.,* 2000, s. 554.
Asia C-22/78, *Hugin Kassaregister*, k. 17.

[338] Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 524 ja siinä mainittu yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisu asiassa C-5/69, *Völk*, k. 5 ja 7, jossa tuomioistuin ensimmäisen kerran sovelsi *de minimis* -sääntöä paitsi kauppa- myös kilpailukriteeriin.

[339] Komissio on julkaissut tiedonannon perustamissopimuksen 85 (nykyisin 81) artiklan soveltamisalaan kuulumattomista vähämerkityksellisistä sopimuksista vuonna 1997. Tiedonanto on annettu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella, ja sen mukaan toimenpiteet, jotka eivät ole omiaan vaikuttamaan tuntuvasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jäävät kansallisen lainsäädännön perusteella arvioitaviksi. Tiedonanto Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 85 artiklan 1 kohdan soveltamisalaan kuulumattomista vähämerkityksellisistä sopimuksista. Euroopan unionin laki, YrEU 212.

det. Tiedonanto sisältää samat maantieteellisten ja tuotekohtaisten markkinoiden kriteerit kuin mitä on edellä todettu sisältyvän komission tiedonantoon markkinoiden määrittelystä.

De minimis -tiedonannon mukaan sopimus on vähämerkityksellinen, jos kilpailevat yritykset ovat tehneet sopimuksen ja sopijapuolten yhteenlaskettu markkinaosuus ei ylitä 10:tä prosenttia millään sopimuksen vaikutusalaan kuuluvilla merkityksellisillä markkinoilla. Kilpailevien yritysten väliset sopimukset viittaavat sopimuksiin, joiden sopijapuolet ovat tosiasiallisia tai mahdollisia kilpailijoita joillakin sopimuksen vaikutusalaan kuuluvilla markkinoilla.[340] Jos sopimus on vaikea luokitella joko kilpailevien yritysten väliseksi tai muiden kuin keskenään kilpailevien yritysten väliseksi, sovelletaan 10 prosentin markkinaosuusrajaa. Huolimatta siitä, että *de minimis* -edellytykset täyttyisivät, sallittuina ei voida pitää horisontaalisia tai vertikaalisia hintakartelleja, markkinoiden jakoa horisontaalisissa kartelleissa ja absoluuttisen aluesuojan takaamista vertikaaleissa kartelleissa.[341]

Kilpailuvirasto on kilpailunrajoituslain 29 §:n nojalla vastaavasti antanut suuntaviivat 4 §:n merkittävyyskriteerin ja 12 §:n tulkinnasta.[342] Nämä perustuvat komission antamaan vähämerkityksellisyys-tiedonantoon. Kysymys on siten siitä, missä tapauksissa kilpailuvirasto päättää olla puuttumatta merkitykseltään vähäisiin rajoituksiin. Lähtökohtana tiedonannon soveltamisessa on myös se, että kun tiedonantoon sisältyviä rajoja noudatetaan, todennäköisesti järjestelyt ovat hyväksyttäviä. Tiedonannon tarkoituksena on selventää sitä, milloin rajoituksella ei katsota olevan vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.[343] Komission ja kilpailuneuvoston tiedonantojen mukaan määritelty vähämerkityksellisyyskriteeri ei koske lainkaan määräävää markkina-asemaa koskevaa kieltoa.[344]

Kilpailunrajoituslakia muutettiin vuonna 2004 siten, että sen 4–6 §:ksi muotoiltiin perustamissopimuksen 81 artiklan 1 ja 3 kohdat eli kiellot yritysten välisistä sopimuksista ja vastaavista yhdenmukaistetuista menettelytavoista ja mahdollisuus antaa tietyin edellytyksin poikkeuksia tästä, sekä säännökset määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Lain 4 §:ksi tuli EY:n oikeuskäytäntöä

---

[340] Komission tiedonanto vähämerkityksisistä sopimuksista, jotka eivät Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 81 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla rajoita tuntuvasti kilpailua, EYVL, C 368/07, 22.12.2001, s. 13.

[341] Ks. tästä yksityiskohtaisemmin myös *Joutsamo ym.*, 2000, s. 525–528. Hallituksen esityksessä kilpailunrajoituslain muutokseksi muutostarvetta perusteltiin komission vähämerkityksellisyystiedonannolla EYVL 1970, C 84. Ks. HE 243/1997 vp, s. 8.

[342] Kilpailuviraston suuntaviivat kilpailunrajoituslain 4 §:n merkittävyyskriteerin ja 12 §:n tulkinnasta.

[343] *Pokela – Kuusniemi-Laine*, 2007, s. 100.

[344] Näin myös *Kuoppamäki*, 2003, s. 675.

vastaava merkittävyyskriteeri, jonka perusteella sellaiset kilpailunrajoitukset, jotka eivät vaikuta merkittävästi kilpailuun Suomessa, jäävät kiellon ulkopuolelle.[345]

Järjestöt eivät yksin tai yhdessä muiden järjestöjen kanssa ole käytännössä muodostaneet Euroopan yhteisöjen 81 artiklan taikka kilpailunrajoituslain 4 §:n tarkoittamia yhteenliittymiä. Tästä syystä kysymystä ei tarkastella yksityiskohtaisemmin. Edellä selvitetty ilmentää joka tapauksessa, millä tavoin terminologisesti yhteisön oikeuden soveltamisessa vähäisyyskriteeri määräytyy.[346]

6.3.2 Julkiset tuet kilpailunrajoituslain soveltamisessa

Perustamissopimuksen 82 artiklan määräävää markkina-asemaa koskevaa väärinkäytön kieltoa *de minimis* -tiedonannon sisältämät kriteerit eivät koske. Myös kilpailunrajoituslain 3 §:n 2 momentin mukaan määräävä markkina-asema voi olla yrityksellä tai yritysten yhteenliittymällä jollain hyödykemarkkinan osalla, joten kansallisessa tarkastelussa joudutaan kiinnittämään huomiota myös paikalliseen tilanteeseen. Tämän tutkimuksen tavoitteena ei ole selvittää järjestöjen määräävän aseman väärinkäyttöä sinänsä, vaan ainoastaan se, millä tavoin julkinen tuki liittyy mahdollisesti sen muodostumiseen. Tuen myöntäminen ei sinällään aiheuta väistämättä kilpailurajoituslaissa kiellettyjä toimenpiteitä ja joka tapauksessa kilpailunrajoituslain perusteella väärinkäyttötapauksessa sanktiot kohdistettaisiin tuen saajaan, ei sen myöntäjään. Edellä todetun johdosta seuraavassa tarkastellaan vain kysymystä siitä, millä tavoin kansallisen kilpailunrajoituslain ja avustuslain perusteella julkisten tukien vaikutus määräävän markkina-aseman tapauksessa tulisi ottaa huomioon.

Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdassa määrätty vaatimus vähäistä suurempien kilpailuvaikutusten huomioon ottamisesta liittyy nimenomaan julkisiin tukiin, sillä kyseisen lain säätelyn kohteena ovat raha-automaattiavustukset. Tukien kilpailuvaikutusten selvittäminen liitettiin vastaavasti myös valtionavustuslain valmistelussa tuen myöntäjän tehtäväksi.

---

[345] HE 11/2004 vp, s. 19.

Komissio on antanut vuonna 2004 tiedonannon EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitettua kauppaan kohdistuvan vaikutuksen käsitettä koskevista suuntaviivoista. Suuntaviivojen tarkoituksena on selkeyttää edellä todettujen artikloiden tarkoittamiin yritysten horisontaalisiin ja vertikaalisiin sopimuksiin ja menettelytapoihin liittyvää tulkintaa. Komission tiedonanto EY:n perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklassa tarkoitettua kauppaan kohdistuvan vaikutuksen käsitettä koskevista suuntaviivoista, EYVL, C 101/07, 27.4.2004.

[346] Tämä ilmeni kilpailuviraston kirjeestä 24.3.2000, Dnro 96/61/99, s. 6 ss.

Hallituksen lakia koskevan esityksen mukaan kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia voi olla erityisesti silloin, kun valtionavustusta myönnetään elinkeinotoimintaa lähellä oleville tahoille.[347]

Kilpailunrajoituslaissa ei ole nimenomaista mainintaa julkisten tukien käsittelystä kilpailunrajoituksena. Vielä vuoden 2004 huhtikuun loppuun saakka voimassa olleen kilpailunrajoituslain 12 §:n perusteella kilpailuvirasto saattoi ryhtyä toimenpiteisiin myös julkisten tukien osalta, sillä julkisella tuella saattaa olla lainkohdan tarkoittamia ”vahingollisia vaikutuksia”. Lainkohdassa viitattiin mm. lain 9 §:n tarkoittamaan tilanteeseen, jolloin viraston oli ryhdyttävä tarpeellisiin toimenpiteisiin. Julkisten tukien vahingollisia vaikutuksia oli arvioitu 9 §:n perusteella. Rikkomistapauksessa seuraamusmaksu voitiin määrätä kuitenkin vain lain 4–7 §:n tarkoittamissa tapauksissa.[348]

Lainuudistuksen yhteydessä 12 §:n säännös muutettiin siten, ettei se enää sisällä viittausta lain 9 §:ään, joka aiemmin sisälsi yleisen velvollisuuden myös muissa kuin lain 4–7 §:n mukaisissa rikkomistilanteissa (viittaus tässä siis edellisen lain pykäliin) toimenpiteisiin ryhtymisestä. Velvollisuus ryhtyä toimenpiteisiin oli siinä tapauksessa, että kilpailunrajoituksen katsottiin terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta sopimattomalla tavalla vähentävän tai olevan omiaan vähentämään tehokkuutta elinkeinon piirissä tai estävän tai vaikeuttavan elinkeinon harjoittamista. Kilpailuvirasto totesi tämän mukaisesti myös *Näkövammaisten Keskusliitto ry*:tä koskeneessa päätöksessään (18.12.2006, Dnro 287/61/03), ettei se pääsääntöisesti käsittele yksittäisiä avustuspäätöksiin liittyviä toimenpidepyyntöjä.[349]

Yhteisön oikeudessa vähämerkitykselliset rajoitukset ovat olleet lähtökohtaisesti sallittuja. Niinpä yhteisön kilpailuoikeudessa vähämerkityksellisen rajoituksen ei katsota rajoittavan kilpailua 81 artiklan 1 kohdan mukaisesti. Vähämerkitykselliset rajoitukset olivat aikaisemmassa kilpailunrajoituslain järjestelmässä lähtökohtaisesti kiellettyjä, mutta ne voitiin katsoa *vähäisyyden* perusteella sallituiksi. Aikaisemmin voimassa olleen lain 12 §:n 1 momentin mukaan kilpailuvirasto saattoi olla ryhtymättä toimenpiteisiin, jos rajoituksella oli vähäinen merkitys. Kilpailunrajoituslain 9 §, joka sisälsi yleisesti muut kuin lain 4–7 §:ssä tode-

---

[347] HE 63/2001 vp, s. 39.

[348] Ks. *Kuoppamäki*, 2000, s. 43.

Kilpailuviraston päätös Dnro 1061/68/98, 25.7.2000, Palvelukoti Jaatinen Oy, missä virasto perusteli päätöstään mm. kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella. Virasto totesi, ettei kilpailua vääristävän elinkeinotuen myöntämistä voida kilpailunrajoituslain perusteella kieltää, mutta tuen saaneen yrityksen aikaansaamaan markkinahäiriöön voidaan puuttua kilpailunrajoituslain 9 §:n perusteella.

[349] Kilpailuviraston Näkövammaisten Keskusliitto ry:tä koskeva päätös Dnro 287/61/03, 18.12.2006. Päätöksen mukaan kilpailuvirasto pyrkii kehittämään kilpailunäkökohtien huomioon ottamista avustustoiminnassa ja osallistuu tarvittaessa menettelytapojen kehittämistyöhön. Myöskään hankintojen kilpailutuksessa kilpailuvirastolla ei ole toimivaltaa. Ks. päätöksen k. 24 ja 25.

tut terveen ja toimivan kilpailun kannalta haitalliset toimenpiteet, perustui väärinkäyttöperiaatteen varaan. Kilpailuvirasto saattoi lain 12 §:n 3 momentin mukaan tehdä esityksen kilpailuneuvostolle (markkinaoikeudelle) 16 §:ssä todettujen rajoitusten antamisesta.[350]

Uutta kilpailunrajoituslakia säädettäessä pidettiin tarkoituksenmukaisena, että kansallisen lainsäädännön ja yhteisön kilpailulainsäädännön lähtökohdat olisivat yhteneväiset. Kilpailuviraston toimenpiteet valtuuttava kilpailunrajoituslain 12 § sisältää nyt viittaukset vain 4 ja 6 §:ään (kielletyt yritysten väliset sopimukset ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto) sekä vastaaviin EY:n perustamissopimuksen 81 tai 82 artikloihin. Mikäli siis julkinen tuki johtaa määräävän markkina-aseman tilanteessa sen väärinkäyttöön, esimerkiksi saalistushinnoitteluun, kilpailuviraston on ryhdyttävä lain määrittelemiin toimenpiteisiin tuen saajaa kohtaan. Kilpailuvirastolla ei ole uudenkaan kilpailunrajoituslain perusteella mahdollista kohdistaa kyseiseen lakiin perustuvia toimenpiteitä tuen myöntäjää, esimerkiksi Raha-automaattiyhdistystä, kohtaan.

Uudessa kilpailuviraston toimivaltaa koskevassa lain 12 §:ssä ei enää ole ”vähäisyys” -kriteeriä. Kilpailuviraston, mikäli se katsoo kyseessä olevan lain 4 tai 6 §:ssä taikka perustamissopimuksen 81 tai 82 artiklassa tarkoitetun määräävän markkina-aseman väärinkäyttö, on ryhdyttävä toimenpiteisiin säännösten tarkoittamien vahingollisten toimenpiteiden poistamiseksi. Virasto voi kuitenkin olla ryhtymättä toimenpiteisiin, jos kilpailunrajoituksesta huolimatta kilpailua kyseisillä markkinoilla voidaan kokonaisuudessaan pitää toimivana.

Käytännössä kilpailunrajoituslain muutos ei ole aikaansaanut suurta muutosta kansallisen kilpailuviranomaisen julkisia tukia koskeviin toimivaltuuksiin. Tuen myöntäjän toiminnan osalta kilpailuvirasto voi nostaa esille kilpailupoliittisia kysymyksiä, mutta se ei voi esittää sanktiotoimenpiteitä kilpailunrajoituslain perusteella.[351] Mahdollisesti lainvastaisesti myönnettyjen tukien seuraukset määräytyvät kilpailuviraston toimivallan ulkopuolelle jäävien, julkisista tuista annettujen määräysten perusteella. Tämän tutkimuksen kannalta ongelmana on se, että kilpailunrajoitusten vähäisyys on konkreettisesti määritelty vain tilanteessa, jossa kyse on jäsenvaltioiden rajat ylittävästä vaikutuksesta. Konkreettisia mittareita kansallisen tason määrittelyyn ei ole olemassa.

---

[350] Ks. myös HE 11/2004, s. 10. (2.3 nykytilan arviointi).

[351] Tämän oikeusperusteen puutteen voisi ainakin osittain ajatella korvaavan laki kilpailuvirastosta (711/1988), jonka 2 §:n mukaan kilpailuvirasto tutkii kilpailuolosuhteita, selvittää kilpailurajoituksia, ryhtyy toimenpiteisiin kilpailurajoitusten vahingollisten vaikutusten poistamiseksi, tekee aloitteita kilpailun edistämiseksi ja kilpailua rajoittavien säännösten ja määräysten purkamiseksi sekä huolehtii muista sille säädetyistä tehtävistä tai määrätyistä tehtävistä. Kyseinen pykälä on kuitenkin enemmänkin viraston tehtäviä kuvaileva kuin sille toimivaltuuksia luova.

6.3.3 Vähäinen vaikutus kilpailuun ja markkinoiden toimintaan

Tämän tutkimuksen kannalta on avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan ”*vähäisiä – – vääristäviä vaikutuksia kilpailuun ja markkinoiden toimintaan Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa*” terminologian selvittäminen merkittävää sikäli, että lainkohta rajaa mahdollisuuden myöntää avustusta palveluja tuottavalle sosiaali- ja terveysjärjestölle siinäkin tapauksessa, kun avustuksella ei ole vaikutuksia yhteisön jäsenmaiden väliseen kauppaan. Säännöksessä itsessään tai lain valmisteluasiakirjoissa ei arvioinnin kriteereitä ole esitetty. Onko säännöstä tulkittava vain sen omia tavoitteita silmällä pitäen vai voidaanko tukeutua muuhun lainsäädäntöön, esimerkiksi kilpailunrajoituslakiin? Kansallisesti on mahdollisuus soveltaa yhteisön lainsäädäntöä tiukempia kilpailulakeja.[352]

Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnassa julkisten tukien huomioon ottamisen kannalta merkittävä on avustuslain 4 §:n 2 momentti, joka edellyttää tukea harkittaessa selvitettävän, että tuki on kansallisten ja yhteisön tukisääntöjen mukainen. Avustuslain ei välttämättä tarvitsisi sisältää edellä todettua lainkohtaa, sillä yhteisön julkisia tukia koskevat säännöt ovat sellaisenaan kansallisessa lainkäytössä suoraan sovellettavaa oikeutta. Lailla on haluttu kuitenkin kansallisesti varmistaa se, ettei yhteisön tukisäännöksiä avustustoiminnassa rikota. Kyseinen kohta rajaa järjestöille palvelutoimintaan myönnettävän avustuksen enintään 200 000 euroon kolmen vuoden juoksevana ajanjaksona, joten saman pykälän 1 momentin 5 kohdan säännöksen tarkastelu erikseen ei käytännön syistä olisi yhteisön oikeuden kannalta tarpeellista. On pidettävä lähtökohtana, että mikäli julkinen tuki on yhteisöjen tukisäännösten mukaan sallittua mainittuun enimmäismäärään saakka, ei sillä silloin voi periaatteessa olla myöskään 81 ja 82 artiklan kilpailusääntöjen soveltamisen kannalta kiellettyjä yhteisön jäsenmaiden rajat ylittäviä vaikutuksia.

Konkreettisesti tuki voi kuitenkin vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan siten, että tuki estää perustamissopimuksen vapausperiaatteiden, esimerkiksi tavaroiden tai palvelujen vapaan liikkuvuuden toteutumista. Erityisesti kauppavaikutus ilmenee silloin, kun esimerkiksi palveluja tarjoava taho tulee toisesta jäsenmaasta haluten sijoittautua Suomeen kilpailemaan palvelujen kaupasta.[353] Tässä tilanteessa kyseistä tarjoajaa julkisessa hankintamenettelyssä eri tavalla kuin esimerkiksi kotimaista palvelutoimintaa harjoittavaa järjestöä kohteleva tukijärjestelmä aiheuttaa kauppavaikutuksen ja samalla myös kansalaisuuteen perustuvan diskriminointikiellon vastaisen toimenpiteen. Tuen vaikutus ilmenee

---

[352] Ks. neuvoston asetus (EY) 1/2003, johdanto-osan k. 4 ja 8.

[353] Periaatteessa tuella voisi olla vaikutuksia vastaavalla tavalla myös muussa jäsenmaassa, mutta tiettävästi tukea ei ole myönnetty siten, että sen vaikutukset ulottuisivat järjestön toisessa jäsenmaassa harjoittamaan palvelutoimintaan.

silloin käytännössä alueella, johon toisesta jäsenmaasta tuleva yritys tai henkilö haluaisi sijoittautua perustamissopimuksen 49 artiklan mukaisesti tarjoamaan palveluja. Kansallisten kilpailuvaikutusten osalta siten pienikin tuki saattaa olla merkityksellinen kilpailun ja markkinoiden toimivuuden kannalta.

Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan säännös otettiin sellaisenaan valtionavustuslaista, jota valmisteltiin samanaikaisesti ja tältä osin periaatteiltaan samansisältöisenä. Säännöksen ilmaisu ”kilpailuun ja markkinoiden toimintaan” jo sellaisenaan viittaa terminologiaan, jota käytetään yhteismarkkinoista puhuttaessa.[354] Avustuslain säännösten syntytekijät huomioon ottaen sen tarkoituksena on ollut ensiksikin varmistaa, ettei julkisilla tuella ole vaikutusta jäsenvaltioiden välisessä suhteessa ja vasta toissijaisesti, ettei vastaavia vaikutuksia synny kansallisesti.

Avustuslailla oli tarkoitus estää myös kansalliset kilpailuvaikutukset, sillä sisältyyhän myös Suomi yhteiseen talousalueeseen.[355] Avustuslain säätämistä edeltäneiden tapahtumien perusteella on nähtävissä, että tarkoituksena oli erityisesti estää raha-automaattiavustusten ohjaaminen kohteisiin, joissa oli tai oli syntymässä yksityistä tarjontaa.[356] Ennen avustuslain säätämistä kilpailuviraston johdolla selvitettiin usean vuoden ajan yhdessä sosiaali- ja terveysministeriön, kauppa- ja teollisuusministeriön, yrittäjäjärjestöjen ja Raha-automaattiyhdistyksen kanssa, miten avustusjärjestelmää voitaisiin kehittää siten, että avustukset eivät estäisi kilpailua ja sen syntymistä sekä toisaalta kyseisten palvelumarkkinoiden kehittymistä.[357] Kilpailuvirasto selvitti raha-automaattiavustuksien vaikutuksia kilpailunrajoituslakiin silloisen 12 §:n antaman toimivallan perusteella.[358] Lainkohta antoi virastolle toimivallan selvittää kilpailuhaittoja ja ryhtyä

---

[354] Esimerkiksi asia C-142/87, *”Tubemeuse”*.

[355] Ks. valtionavustuslain tavoitteista tarkemmin HE 63/2001 vp, s. 26.

[356] Osoituksena tästä on aikaisemmin jo esillä ollut kilpailuviraston johtama selvittelyprosessi ja kauppa ja teollisuusministeriön tutkimukset, joissa raha-automaattiavustukset olivat esillä esteenä markkinoiden kehittymiselle.

[357] Kilpailuviraston kirje 24.3.2000, Dnro 96/61/99, s. 7 ss. Kilpailuvirasto katsoi, että kilpailu voi vääristyä kilpailunrajoituslain 9 §:n vastaisesti, mikäli yritykselle myönnetään julkista tukea ja saadun tuen seurauksena yritys hinnoittelee tuotteensa tai palvelunsa merkittävästi alle vastaavassa asemassa olevien kaupalliselta pohjalta toimivien yritysten hintatason ja kyseinen alihinnoittelu vääristää merkittävästi kilpailua markkinoilla. Tilanteen arviointiin vaikuttaa oleellisesti subventoidun toiminnan luonteen ohella markkinoiden rakenne ja kilpailutilanne.

[358] Avustuslain säätämisen aikaan kilpailunrajoituslakiin sisältyi myös 9 §:n ”kaatosäännös”, jonka mukaan kilpailunrajoitusta, jota ei ollut pidettävä lain 4–7 §:n perusteella kiellettynä, voitiin pitää kiellettynä, jos se terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun kannalta sopimattomalla tavalla vähentää tai on omiaan vähentämään tehokkuutta elinkeinoelämän piirissä tai estää tai vaikeuttaa elinkeinon harjoittamista. Tämän perusteella ei kuitenkaan voitu suoraan määrätä seuraamusmaksua. Tuen tuli vaikuttaa sen saajan toiminnassa siten, että se muodosti mahdollisuuden kilpailunrajoituslain määräävässä markkina-asemassa olevan yrityksen 7 §:n mukaiseen määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, esimerkiksi ns. saalistushinnoitteluun eli alihinnoitteluun.

selvityksen perusteella tarpeellisiin toimenpiteisiin niiden poistamiseksi. Kilpailuviraston johtaman prosessin aikana syntyneistä asiakirjoista ei ilmene, että erityisesti olisi kiinnitetty huomiota rajat ylittävään kauppaan. Samanaikaisesti myös kauppa- ja teollisuusministeriö selvitti mahdollisuuksia markkinoiden toimivuuden edistämiseksi myös sosiaali- ja terveyspalveluissa.[359] Tällä selvitysprosessilla oli selvästikin vaikutuksia siihen, että 4 §:n 1 momentin 5 kohdan kieltosäännös sisällytettiin selvitysten jälkeen säädettyyn avustuslakiin.

Avustuslaki säätelee mm. avustuksen myöntämisessä noudatettavia menettelytapoja, jotka Raha-automaattiyhdistyksen on valmistelussa ja valtioneuvoston päätöksenteossa otettava huomioon. Se ei siten säätele sitä, miten avustuksen saajan on esimerkiksi kilpailunrajoituslain säännökset huomioon ottaen toimittava. Lähtökohtana on pidettävä myös avustuslain näkökulmasta, että avustuksensaaja itse vastaa toimintansa lainmukaisuudesta. Ei ole mahdollista, että Raha-automaattiyhdistys vastaisi järjestön toiminnan lainmukaisuudesta kokonaisuudessaan. Sen sijaan on mahdollista avustuslain sääntöjen mukaisesti, että Raha-automaattiyhdistys ryhtyy lainvastaisesti käytetyn avustusten takaisinperintään, mikäli avustus on käytetty avustuslain tai avustuspäätöksen vastaisesti.[360]

Avustuslaki asettaa velvoitteita avustuksen valmistelutaholle eli Raha-automaattiyhdistykselle, sosiaali- ja terveysministeriölle sekä valtioneuvostolle, joka viranomaisena tekee lopullisen avustuspäätöksen. Edellä todettu kyseisen säädöksen velvoitteiden kohdentuminen perustelee edellä todettua 4 §:n 1 momentin sisällön tulkintaa. Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan säännöksen tarkoitus on estää avustusten vähäistä suurempi häiritsevä vaikutus kilpailuun ja markkinoiden toimintaan. Säännökselle on lain syntytausta huomioon ottaen annettava tulkinnassa myös itsenäistä merkitystä. Lainkohdan kieltosäännös on liitettävissä myös kilpailunrajoituslain 1 §:n mukaiseen tavoitteeseen terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun suojaamisesta, vaikka kilpailunrajoituslain perusteella ei Raha-automaattiyhdistyksen toimintaan voida välittömästi puuttuakaan.

Lain säätämisen yhteydessä ei valitettavasti ole millään tavalla määritelty sisällöllisesti vaikutuksen merkittävyyttä. ”Vähäisyys”-termi viittaa siihen, että pienikin paikallinen vaikutus olisi otettava huomioon, vaikka kyse ei olisikaan kilpailunrajoituslain mukaisen määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Säännöksen tavoite on enemmän kohdistunut markkinoiden toimivuuden ja kilpailun edistämiseen kuin kilpailunrajoituslain 6 §:n määräävän markkina-ase-

---

[359] KTM 19/2001, Markkinoiden toimivuus II.

[360] Avustusten avustuslain 21 §:n edellyttämä käytön valvonta aiheuttaa monessa mielessä käytännön ongelmia. Valvontaongelmista ovat esimerkkeinä yleisavustuksena myönnetyt toiminta-avustukset, jotka eivät saa avustuslain mukaan kohdistua palvelutoimintaan. Näin saattaa tapahtua käytännössä esimerkiksi järjestön laskentatoimen puutteellisuuden johdosta. Avustusinfo, kesäkuu 2005, s. 3.

man väärinkäytön syntymiseen. Kyse olisi esimerkiksi siitä, että tuen myöntäminen järjestölle nostaa muiden potentiaalisten alalle pyrkijöiden investointikynnystä. Kansalliseen lainsäädäntöön on mahdollista sisällyttää tiukempia määräyksiä kuin yhteisön oikeus vaatii.[361] Avustuslain säätämisessä ei erityisesti kiinnitetty huomiota yhteismarkkinoiden toimintaan, sillä yhteisön oikeuden säännökset muodostivat pakollisen reunaehdon kansalliselle lainsäädännölle.

Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollisuutta yksityiskohtaiseen analyysiin siitä, millaisissa tapauksissa vaikutus voisi olla ”vähäistä suurempi”.

6.4 JULKISET TUET HANKINTAMENETTELYSSÄ

Euroopan yhteisön perustamissopimukseen sisältyvä valtion välittömän ja välillisen tuen kieltäminen muodostaa perustamissopimuksen vapausperiaatteiden ohella erään oikeudellisen perustan hankintoja koskeville EY:n direktiiveille ja siten niiden kansallisen implementoinnin perustan ja tulkintataustan.[362] Tukien huomioon ottaminen konkretisoi hankintalain 2 §:n 3 momentin tasavertaisen kohtelun periaatteen, kuten asia ilmaistaan lakia koskevassa hallituksen esityksessä.[363] Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisu *BAI* T-14/96 osoittaa varsin selvästi sen, että jäsenvaltio ei ole yhteisön valtiontukisääntöjen alainen vain ollessaan investoijana ja rahoittajana, vaan myös toimiessaan tavaroiden ja palvelujen ostajana. Julkisia hankintoja koskeva yhteisön lainsäädännön noudattaminen ei siis poissulje sitä mahdollisuutta, että julkisen tuen antaminen hankinnan yhteydessä on vastoin yhteisön yleisiä valtiontukisääntöjä.[364]

Hankintalakia valmistellut kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä arvioi julkisten tukien merkitystä yhteisöjen tuomioistuimen ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisujen perusteella. Ryhmän tekemä johtopäätös siitä, ettei muista kuin hankintayksikön myöntämistä tuista ehdotettu lakiin määräyksiä, näyttää syntyneen kuitenkin lopulta varsin pragmaattisista syistä. Hankintayksiköiden on käytännössä mahdotonta objektiivisesti selvittää kaikkia tarjoajien saamia julkisia tukia ja niiden vaikutuksia tarjoushintoihin.[365] Tämä on useimmissa ta-

---

[361] Neuvoston asetuksen johdanto-osassa (EY) 1/2003 todetaan, että asetus on annettu perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan määräysten täytäntöön panemiseksi eikä siinä estetä jäsenvaltioita panemasta alueellaan täytäntöön kansallista lainsäädäntöä, jolla suojataan muita oikeutettuja etuja edellyttäen, että tämä lainsäädäntö on yhteisön oikeuden yleisten periaatteiden ja muiden säännösten mukaista. Ks. erityisesti asetuksen (EY) 1/2003 johdanto-osan k. 8 ja 9.

[362] Ks. *Kalima*, 2001, s. 27 ja *Kuoppamäki*, 2000, s. 224.

[363] HE 50/2006 vp, s. 109.

[364] T-14/96, *BAI*, esim. ratkaisun k. 81. Ks. myös *Prieß* ja *Garf von Merveldt*, 2006, s. 5 ss.

[365] KTM:n työryhmän muistio, s. 27 ss.

pauksissa varmastikin totta, kun huomioon otetaan myös tukien epäsuora vaikutus, ja se, että tukia on voitu myöntää pitkän ajanjakson kuluessa.[366]

Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *ARGE Gewässerschutz* (*ARGE)* C-94/99 oli kyse palveluhankintadirektiivin 92/50/ETY soveltamista ja siinä yhteydessä julkisesta tuesta. Itävallan asianomainen ministeriö oli järjestänyt avoimen tarjouskilpailun, jossa se pyysi tarjouksia Itävallan joista ja järvistä otettavista vesinäytteistä ja niiden analyyseistä. *ARGE*:n, joka oli yritysten ja insinöörien yhdistys, lisäksi tarjoajina oli myös julkisella sektorilla toimivia palvelujen suorittajia. Viimeksi mainittujen väitettiin saavan huomattavia valtiontukia. Ennakkoratkaisussa oli kyse siitä, onko yhdenvertaisen kohtelun periaatteen kanssa ristiriitaista se, että hankintamenettelyyn saavat osallistua yksiköt, jotka saavat hankintaviranomaiselta tai muilta hankintaviranomaisilta jossain muodossa julkista tukea. Tämä mahdollisti sen, että näiden yksiköiden tarjousten hinnat voivat olla olennaisesti alhaisempia kuin kaupallisten tarjoajien hinnat. Kysymys oli myös siitä, oliko tällaisten yksiköiden tarjouskilpailuun osallistumisen salliminen peiteltyä syrjintää, jos nämä yksiköt poikkeuksetta ovat kotimaisia tai niillä on kotipaikka hankintaviranomaisen maassa.

Tuomioistuin totesi, että palveluhankintadirektiivin 3 artiklan 2 kohdan mukaan hankintaviranomaisten on varmistettava tasapuolisen ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteen noudattaminen palvelujen suorittajia kohtaan. Tätä periaatetta ei ole kuitenkaan loukattu pelkästään sillä, että hankintaviranomaiset hyväksyvät tukea saavien laitosten osallistumisen julkisen hankintasopimuksen tekomenettelyyn, jolloin nämä voivat tehdä tarjouksen huomattavasti alhaisempaan hintaan kuin niiden kanssa kilpailevat tukea saamattomat tarjoajat. Jos yhteisön lainsäätäjän tarkoituksena olisi ollut velvoittaa hankintaviranomaiset jättämään tällaiset tarjoajat menettelyn ulkopuolelle, se olisi tehnyt sen nimenomaisesti.

Tuomioistuin totesi lisäksi päätöksessään, että direktiivin 23 ja 29–37 artikla sisältävät täsmällisen määräyksen niiden suorittajien valintaperusteista, jotka voivat tehdä tarjouksen, ja sopimuksen tekomenettelyn edellytyksistä. Yhdessäkään näistä artikloista ei säädetä, että tarjoajia olisi jätettävä menettelyn ulkopuolelle tai tämä tarjous olisi hylättävä pelkästään siitä periaatteellisesta syystä, että tarjouksen tekijää tuetaan julkisin varoin.[367] Tuomioistuimen mukaan palveluhankintadirektiivin 92/50/ETY 1 artiklan c alakohdassa annetaan sitä vastoin julkista rahoitusta saaville laitoksille nimenomaisesti oikeus osallistua julkisiin hankintamenettelyihin. Siinä todettujen palvelujen suorittaja-

---

[366] Valtionavustuslain säätämisen yhteydessä kiinnitettiin huomiota myös avustusten ja julkisten palveluhankintojen väliseen suhteeseen. Hallituksen esityksen yleisperustelujen mukaan valtionavustus, joka myönnetään investointina tai esimerkiksi tiettyjen palvelujen tuottamista varten, voi Euroopan yhteisön oikeuden näkökulmasta olla julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltamisen piirissä. Erityisesti näin on asianlaita silloin, kun valtionavustus liittyy osaksi sopimusjärjestelyä, jossa avustuksen saaja tuottaa tiettyjä palveluja. Sovellettavaksi voi tällöin tulla mm. julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyiden yhteensovittamisesta annettu neuvoston direktiivi 92/50/ETY. HE 63/2001 vp. s. 12.

[367] Asia C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, k. 26 ja 27.

na, joka voi tehdä tarjouksen, pidetään luonnollista henkilöä ja oikeushenkilöä julkisoikeudelliset laitokset mukaan lukien.

Vaikka yhdenvertaisen kohtelun periaate ei sinänsä estä julkisoikeudellisten laitosten osallistumista julkisiin hankintoihin, tuomioistuimen mukaan ei voida pitää mahdottomana, että tietyissä olosuhteissa palveluhankintadirektiivissä velvoitetaan hankintaviranomaiset ottamaan tai ainakin niiden sallitaan ottavan huomioon myönnetyt tuet ja varsinkin perustamissopimuksen vastaiset tuet, jotta niitä saavat tarjoajat voitaisiin tarvittaessa sulkea menettelyn ulkopuolelle. Tuomioistuimen mukaan on perusteltua, että tarjoaja *voidaan* jättää valintamenettelyn ulkopuolelle, jos se on saanut perustamissopimuksen vastaista tukea ja jos lainvastaisen tuen takaisinmaksamista koskeva velvollisuus uhkaisi sen taloudellista vakavaraisuutta. Tämän perusteella voidaan katsoa, ettei kyseinen tarjoaja anna vaadittuja rahoituksellisia tai taloudellisia takeita.[368]

Yhteisön tuomioistuimen *ARGE*-ennakkoratkaisu on tulkittavissa siten, että pelkästään tarjoajan saama julkinen tuki hankintayksiköltä tai muilta hankintaviranomaisilta, joka mahdollistaa tarjouksen tekemisen kaupallisesti toimivia tarjoajia alemmilla hinnoilla, ei tee menettelyä yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaiseksi. Tietyissä tilanteissa hankintaviranomaisen on otettava huomioon perustamissopimuksen vastaiset tuet. Hankintaviranomainen voi ottaa perustamissopimuksen vastaisen tuen huomioon, jos viranomainen katsoo, että mahdollinen tuen takaisinmaksu uhkaisi tarjoajan vakavaraisuutta. Tuomioistuin ei sinänsä ottanut erityisesti kantaa siihen, pitäisikö tuki ottaa huomioon tarjousvertailussa, koska sitä ei tapauksessa kysytty.[369] Mikäli hankintayksikkö jättää tarjouksen vertailun ulkopuolelle hinnan alhaisuuden vuoksi, tulee sen tehdä tästä riittävä arvio ja selvitys.[370]

Myös kilpailuneuvosto on ottanut kantaa julkiseen tukeen hankinnassa Ajoneuvohallintokeskuksen kuljettajatutkintopalvelujen kilpailuttamista koskevassa asiassa 1.10.2001 antamassaan päätöksessä Dnro 162/690/01. Kyseisessä tapauksessa hankinnan arvo oli yli vahvistetun kynnysarvon, jolloin asiaan sovellettiin hankinta-asetuksen (380/1998) säännöksiä. Kuljettajatutkintopalvelujen todettiin kuuluvan EY:n julkisista palveluhankinnoista annetun direktiivin liitteen B mukaisiin palveluihin.

Kilpailuneuvosto totesi, ettei julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö aseta rajoituksia sille, että myös julkiseen sektoriin kuuluva yhteisö tai muu toimin-

---

368 Asia C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, k. 28–30.

369 On huomattava, etteivät yksityiset oikeussubjektit voi ainoastaan perustamissopimuksen 87 artiklaan vetoamalla kansallisessa tuomioistuimessakaan kiistää tuen yhteensopimattomuutta perustamissopimuksen kanssa eivätkä siten pyytää tuomioistuinta pää- tai liitännäisasiana antamaan ratkaisua asiassa. Tuen yhteensopimattomuus todetaan vain 88 artiklassa määritellyllä ilmoittamismenettelyllä, jossa komissio toteaa mahdollisen soveltumattomuuden. Ks. asia C-78/76*, Steinike & Weinling*, k. 9 ja 10.

370 KHO 14.11.2001, taltio 2807.

tayksikkö osallistuu julkista hankintaa koskevaan tarjouskilpailuun yksityisen elinkeinonharjoittajan rinnalla. Kilpailuneuvosto katsoi aikaisempaan ratkaisukäytäntöönsä nojautuen, ettei kunnallisen liikelaitoksen tai muun toimintayksikön tarjous voi olla tilaajan kannalta kokonaistaloudellisesti edullisin, jos tarjouksen mukainen toimitus edellyttää tilaajayksikön taloudellista tukea, vaikka tällaisen tarjoajan tarjous sinänsä olisi tarjoushinnaltaan halvin.[371] Tällainen tarjous on vertailukelpoinen muiden tarjousten kanssa vain silloin, kun tilaajayhteisön subvention vaikutus on lisätty tarjoushintaan. Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännössään hyväksyneen tämän kannan.[372]

Kilpailuneuvosto viittasi myös hankintalakia koskevaan lainvalmisteluaineistoon, missä on tuotu esille edellä oleva näkökulma.[373] Kilpailuneuvoston ratkaisukäytännön mukaan on pidetty itsestään selvänä, että julkinen tuki on tasapuolisen kohtelun velvoitteen johdosta otettava huomioon tarjouksessa, jos tuen myöntäjänä on ollut hankintayksikkö.[374]

Hankintayksikkö voi käyttää hyödykseen sisäisiä synergiahyötyjä. Tämä ilmeni korkeimman hallinto-oikeuden Forssan Sairasautoyhtymä Oy:tä koskeneesta ratkaisusta (KHO 11.8.1999, taltio 1970). Siinä kuntayhtymä oli päättänyt hankkia kuljetukset kuntayhtymään kuuluvalta palolaitokselta. Pääasiana oli, voiko palolaitoksen tarjouksen edullisuus perustua siihen, että palolaitoksen henkilökunnan käyttämisestä sairaankuljetuksissa ei aiheutunut kunnalle lisäkustannuksia. Tämä ei estänyt tarjouksen hyväksymistä halvimpana tarjouksena.

Korkein hallinto-oikeus näyttää käsitelleen julkisia tukia hankintamenettelyssä toistaiseksi vain kahdessa tapauksessa. Näistä ensimmäinen ilmeni edellä käsitellyn kilpailuneuvoston päätöksen yhteydessä. Ratkaisussa oikeus ei puuttunut erityisesti kilpailuneuvoston perusteluihin. Toinen on korkeimman hallinto-oikeuden päätös (KHO 11.2.2003, taltio 275) Pohjois-Savon työvoima- ja elinkeinokeskuksen (jäljempänä TE-keskus) hankinnasta, jossa kyse oli työvoimapoliittisena aikuiskoulutuksena tapahtuneen yhdistelmäajoneuvokuljettajien koulutuksen hankkimisesta kilpailuttamalla.

Kilpailun voitti Ylä-Savon ammattiopisto, jonka ylläpitäjä oli Ylä-Savon ammatillisen koulutuksen kuntayhtymä. Tarjouksen kokonaishinta jäi alle vah-

---

[371] Kilpailuneuvoston aikaisemmat päätökset olivat Linjaliikenne V. Nyholm Oy 24.8.1995, Dnro 8/359/95, Sairaankuljetus Juhani Nuottajärvi Oy, 1.6.1998, Dnro 16/359/98, Forssan Sairasautoyhtymä Oy, 13.10.1998, Dnro 27/359/98 ja Ekenäs Sjuktransport Ab, 17.8.1999, Dnro 47/690/99.

[372] Kilpailuneuvoston tarkoittama päätös on KHO 11.8.1999, taltio 1970.

[373] HE 69/1997 vp, s. 20: ”Hankintayksikön oman organisaation kilpailuttamisessa tulisi kiinnittää huomiota myös tarjoajan hankintayksiköltä mahdollisesti saaman tuen määrään.” Perusteluissa kiinnitetään samassa yhteydessä huomiota myös kilpailuneuvoston oikeuskäytäntöön, jonka mukaan kaikki asiaankuuluvat kustannukset tulee ottaa tarjouksia vertailtaessa huomioon.

[374] Samoin *Myllymäki*, 2003, s. 54.

vistetun kynnysarvon. Kyse tapauksessa oli siitä, tuliko kuntayhtymän opetus- ja kulttuuritoimen rahoituksesta annetun lain (635/1998) 43 §:n 3 momentin (1186/1998) perusteella saama valtionavustus koulutuksen järjestämiseen ottaa huomioon tarjousvertailussa. Koulutuksen kustannukset tuli edellä mainittua lakia koskeneen hallituksen esityksen mukaan kattaa ensisijaisesti koulutuspalvelujen myynnistä saatavilla palvelutuloilla, mutta säädöksellä säilytettiin mahdollisuus poikkeustapauksessa myöntää avustusta. Kyseiselle vuodelle valtioneuvosto oli myöntänyt avustusta erillisellä päätöksellään. Asiakirjoista ilmeni, että tukea oli kohdistunut tarjoushintaan.

Pohjois-Savon TE-keskus oli huolehtinut koulutuksesta työvoimapoliittisesta aikuiskoulutuksesta annetun lain (763/1990) ja työvoimapoliittisesta koulutuksesta annetun asetuksen (912/1990) nojalla. Edellä mainitun lain nojalla koulutus rahoitetaan valtion tulo- ja menoarvioon otettavalla määrärahalla. Kaksinkertaisen rahoituksen estämiseksi säädetään lain 12 §:n 1 momentissa (646/1998), että hankittaessa koulutusta koulutuksen järjestäjältä, jolle myönnetään valtionavustusta, otetaan hintaa määriteltäessä vähennyksenä huomioon valtionavustusta vastaava osuus koulutuksen hankintakustannuksista. Vähennyksen huomioon ottava koulutuksen hinta osoittaa koulutuksen järjestäjälle tosiasiallisesti maksettavaksi tulevan hinnan ja samalla se pyrkii vastaamaan koulutuksen järjestäjälle aiheutuvia tosiasiallisia menoja, jotka tulee kattaa hankintayksiköltä saatavilla maksuilla.

Ratkaisunsa perusteluissa oikeus totesi, ettei julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä sellaisenaan kielletä sitä, että tarjoaja käyttää hyödykseen tarjoushintaa alentavana tekijänä saamansa julkisen tuen. Hankintayksikön *tarjoajalle* antama tuki voi kuitenkin merkitä sitä, ettei tarjoushinta kuvaa hankintayksikölle aiheutuvaa todellista kustannusta. Tuen vaikutus on kussakin tapauksessa selvitettävä sen varmistamiseksi, että hankinta tehdään mahdollisimman edullisesti ja että tarjoajia kohdellaan tasapuolisesti.

Tuomioistuin tarkasteli asiaa ensiksi valtiontalouden näkökulmasta todeten olevan sinänsä totta, että koulutukseen kohdistuva valtionavustus on kustannus valtiolle. Avustus asettaa sen saajan tältä osin edullisempaan asemaan kuin kilpailevan tarjoajan, joka ei saa vastaavaa avustusta. Valtionavustuksen ottaminen lukuun hankintayksikölle aiheutuvana laskennallisena lisähintana tarjoushintaan nähden johtaa toisaalta valtionavustuksen *merkityksen mitätöitymiseen tarjousten vertailussa.* Valtionavustuksen huomioon ottamisesta on säädetty laissa.

Hankinnasta huolehtii edellä mainittu TE-keskus ja valtionavustuksesta päätetään valtion tulo- ja menoarvioon otettavalla määrärahalla, josta myönnetään avustusta valtioneuvoston vahvistamien perusteiden mukaan. Avustus on sitä paitsi annettu hankintayksiköstä ja avustuksen myöntäjästä erilliselle yhteisölle. Kun otettiin huomioon nämä järjestelyt, katsoi korkein hallinto-oikeus, ettei avustuksessa ole kysymys sellaisesta hankintayksikölle aiheutuvasta ostettavan palvelun lisähinnasta, joka tulisi ottaa huomioon julkisista hankinnoista annetun lain 7 §:n 1 momentin perusteella. Valtionavustus ei näissä oloissa myöskään syrjinyt lain 6 §:n 3 momentissa tarkoitetulla tavalla muita tarjoajia.[375]

---

[375] KHO 11.2.2003, taltio 275.

Oikeuskäytännön perusteella ei ole löydettävissä välitöntä ja yksiselitteistä vastausta siihen, rikotaanko tasapuolisen kohtelun vaatimusta, jos tuen myöntää muu julkisyhteisö kuin hankintayksikkö itse. Hankintalain 64 § säätää *hankintayksikön itsensä* myöntämistä tuista. Sen mukaan, jos tarjoajana on hankintayksikön omaan organisaatioon kuuluva yksikkö tai jos tarjoaja on saanut tai saamassa hankintayksiköltä tarjoushintaan vaikuttavaa taloudellista tukea, hankintayksikön tulee tarjousten vertailussa ottaa huomioon sille aiheutuvat todelliset, tarjoushintaan vaikuttavat kustannukset, kuten edellä mainittu taloudellinen tuki.

Tässä tutkimuksessa selvitettävänä ovat Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista valtioneuvoston järjestölle myöntämät avustukset ja niiden huomioon ottaminen hankintamenettelyssä, kun järjestö on tarjoajana. Julkista rahoitusta ei voida hankintalain soveltamisessa pitää lähtökohtaisesti kiellettynä. Myös julkiseen sektoriin kuuluva ja siten julkista rahoitusta saava yksikkö voi osallistua yksityisten elinkeinonharjoittajien rinnalla tarjouskilpailuun.[376]

Hankintayksikkö *voi* hankintalain 63 §:n 3 momentin mukaan hylätä hinnaltaan poikkeuksellisen alhaisen tarjouksen siksi, että siihen sisältyy lainvastaista valtiontukea. Säännös ei ole kuitenkaan sanamuotonsa mukaan pakottava. Tavoitteena on ehkäistä yhteisölainsäädännön vastaisten valtiontukien kilpailua vääristäviä vaikutuksia, mutta hankintalaki ei edellytä tarjouksen ehdotonta hylkäämistä.[377] Ennen hylkäämispäätöstä tarjoajalle on varattava kohtuullinen aika sen osoittamiseksi, että valtiontuki on myönnetty laillisesti.[378]

Edellä mainitun säännöksen keskeinen soveltamislogiikka on se, että hankintayksikön on ensiksi pyydettävä tarjoajalta selvitys tarjoukseen sisältyvän tuen laillisuudesta. Selvitys voi koskea 2 momentin mukaan myös valtiontukea. Hankintalain säännökset eivät kuitenkaan ilmaise sitä, millä perusteella tuen laillisuus tulisi arvioida. Jos tuki osoittautuu laittomaksi, tarjous tulee hylätä siksi, että tuen mahdollinen takaisinperintä vaarantaa 71 §:n 2 momentin tarkoittamalla tavalla tarjoajan taloudelliset mahdollisuudet hankinnan toteuttamiseksi.[379]

---

[376] Ks. *Pohjonen*, 2002, s. 146.

[377] HE 50/2006 vp, s. 108.

[378] Säännökset perustuvat yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, ks. yhdistetyt asiat C-285/99 ja C-286/99 *Impresa Lombardini,* k. 81–86.

[379] Myös Arrowsmith on pohtinut sitä, tulisiko tarjoaja, joka on saanut laitonta julkista valtion tukea tai joka on muutoin ryhtynyt ei-kilpailullisiin toimenpiteisiin, sulkea menettelystä. Hänen mielestään julkisia hankintoja koskevissa direktiiveissä ei ole sen yleisissä periaatteissa perustetta tällaista tapausta varten, ja yleisesti tarkastellen tarjous on hyväksyttävä. Hän pitää tätä loogisena: tästä syystä ei ole olemassa yleistä oikeutta sulkea tarjoajaa menettelystä, jos laitonta käyttäytymistä tai laittoman tuen vastaanottamista tarkastellaan muun syyn kuin epätavallisen alhaisen tarjouksen perusteella. Poikkeuksena ovat ne erityiset tapaukset, joissa on syyllistytty tuomittavaan rikokseen. *Arrowsmith*, 2005, s. 534.

Raha-automaattiyhdistykselle avustusvalmistelussa kuuluva selvitysvelvoite sisältyy raha-automaattiavustuksia koskevan lain 4 §:n 2 momenttiin. Raha-automaattiyhdistystä velvoittaa avustusvalmistelussa myös hallintolaki. Kunnan on hallintolain 31 §:n 1 momentin mukaan huolehdittava kulloinkin esillä olevan asian riittävästä ja asianmukaisesta selvittämisestä. Huolehtimisvelvollisuus merkitsee, että viranomaisen on yleensä omatoimisesti hankittava selvitys ratkaisun kannalta merkityksellisistä tosiseikoista. Viranomaisten huolehtimisvelvollisuuden piiriin kuuluu myös niiden oikeussäännösten tunteminen ja tarpeen vaatiessa selvittäminen, joilla on vaikutusta asian ratkaisuun. Tämä vaatimus perustuu hallinnon lainalaisuuden vaatimukseen.[380]

[380] *Mäenpää*, 2003, s. 297 ss.

7 Julkista tukea koskevat määräykset RAY:n avustustoiminnan esimerkkitapauksissa

Arpajaislain mukaan raha-automaattiavustusta voidaan myöntää järjestöille terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseksi. Avustukset ovat luonteeltaan terveys- ja sosiaalipoliittista tarkoitusta varten annettavaa rahoitusta. Samalla rahoitus edistää yleishyödyllistä kansalaisjärjestötoimintaa. Vaikka avustukset eivät siten avustuslain perusteella olekaan perustamissopimuksen 87 artiklan 1 tarkoittamaa tukea yrityksille, täyttävät ne eräissä tilanteissa julkisen tuen tunnusmerkit. Näin saattaa tapahtua silloin, sosiaali- ja terveysjärjestö harjoittaa taloudellista toimintaa, esimerkiksi myy palveluja kunnille tai yksityisille yrityksille tai henkilöasiakkaille.

Hankintalain noudattamisvastuu kuuluu hankintayksikölle eli tämän tutkimuksen tilanteessa ensisijaisesti kunnalle. Edellä hankintasääntöjen selvittämisen yhteydessä ilmeni, ettei kunta voi myöntää tarjoajille tukea valikoivasti.[381] Näin menetellessään kunta syyllistyisi tasapuolisen kohtelun periaatteen rikkomiseen. Sen sijaan hankintayksikön kaikille tarjoajille samoin periaattein lupaama taloudellinen tuki ei ole kielletty. Tämä voi tapahtua esimerkiksi tarjoamalla kaikille samoin ehdoin vastikkeettomat toimitilat. Mikäli tuki myönnetään suoraan rahoitustukena palvelun vastaanottajalle, kysymys ei ole myöskään kielletystä julkisesta tuesta. Samalla ei ole kuitenkaan mahdollisuutta ohjata asiakkaita vain tietylle tai tietyille palveluntuottajille.

Seuraavassa arvioidaan Raha-automaattiyhdistyksen eräiden avustustoiminnassa esiintyneiden esimerkkitapausten perusteella, miten julkisia tukia koskevat määräykset vaikuttavat avustustoiminnassa.

7.1 AVUSTUKSEN MYÖNTÄMINEN KUNNAN KILPAILUTTAESSA PALVELUJA

Raha-automaattiyhdistyksen tuki on useimmiten investointitukea palvelutiloihin, mutta tuki saattanut olla myös rahoitusta niissä järjestetyn toiminnan ylläpitämiseen. Mikäli palvelun järjestäjänä olisi valtio tai siihen kuuluva alueellinen yksikkö tai muu orgaani, sille valtioneuvoston myöntämää tukea ei olisi tarjous-

[381] Ks. edellä luku 6.4.

kilpailussa tarpeen erikseen huomioida, vaikka samanaikaisesti tarjoajina olisi muita tukea saamattomia yksiköitä. Tälle johtopäätökselle antavat tukea sekä yhteisön tuomioistuimen että korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut.[382]

Nyt esillä olevassa tilanteessa palvelujen järjestäjänä ja kilpailuttajana on kuitenkin valtioon nähden itsenäinen viranomaisyksikkö, kunta, ja palvelun tarjoajana raha-automaattiavustusta saanut tai saava järjestö. Järjestön rinnalla on todellisena tai potentiaalisena tarjoajana yritys, joka ei ole saanut eikä voi saada raha-automaattiavustusta.

Erityisesti raha-automaattiavustuksen huomioon ottamisesta ei ole oikeuskäytäntöä. Periaatteellisessa tarkastelussa kunta ei voisi palveluja kilpailuttaessaan jättää huomioon ottamatta raha-automaattiavustuksen olemassa oloa tarjoukseen sisältyvänä, varsinkaan silloin, jos järjestön tarjous tekemä tarjous on hinnaltaan selvästi muita tarjouksia edullisempi. Kunnan tulisi selvittää, mistä hinnan alhaisuus johtuu, ja raha-automaattiavustuksenkin tapauksessa tarjoukseen vaikuttavan julkisen tuen lainmukaisuus. Kunnan tulisi siten selvittää, täyttääkö tämä tuki yhteisön valtiontuen piirteet. Jos sellaista ilmenee, olisi seuraavaksi selvitettävä, onko tuki lainmukaista eli onko se valtiontukisääntöjen mukaan *notifioitu*. Riskinä on se mahdollisuus, että laittomasti myönnetty avustus voidaan määrätä perittäväksi takaisin. Kunnalla ei ole kuitenkaan ehdotonta velvollisuutta hylätä tarjousta siksi, että se sisältää laitonta tukea.[383]

Käytännössä voidaan pitää varsin kohtuuttomana, että edellä kuvattu selvitysvelvollisuus jäisi kunnalle. Käytännön syistä tällainen valvonta ei myöskään ole toimiva. Kokonaisuudessaan kuntien ja mahdollisten samaa kohdetta varten muodostettujen muiden rahoitusjärjestelmien tulisi perusteiltaan olla siinä määrin selväpiirteisiä, ettei niiden toteuttaminen johda järjestelmää toteuttavan lainsäädännön lähes automaattiseen rikkomiseen.

Julkisten tukien sääntöjen vastaisen tuen myöntämisen kielto sisältyy nyt avustuslain 4 §:n 2 momenttiin. Tämä kielto ei kuitenkaan velvoita kuntia, vaan avustusehdotuksen tekijänä Raha-automaattiyhdistystä ja sosiaali- ja terveysministeriötä esityksen lopullisena esittelijänä. Ratkaisun tekee ministeriön esittelystä valtioneuvosto. Tästä seuraa, että käytännössä ”vahtikoiran” rooli on avustuslain mainitulla säännöksellä sälytetty ensimmäisessä asteessa Raha-automaattiyhdistykselle ja seuraavassa vaiheessa sosiaali- ja terveysministeriölle. Raha-automaattiyhdistyksen tulee selvittää, ettei avustusta myönnetä järjestölle yhteisöjen valtiontukisääntöjen vastaisesti. *De minimis* -asetuksen mukainen enimmäismäärä on 200 000 euroa kolmen vuoden juoksevan jakson aikana. Käytännössä Raha-automaattiyhdistyksen tulee selvittää ennen avustuspäätöstä, aikoo-

---

[382] Ks. edellä asia C-94/99, *ARGE Gewässerschutz* ja KHO 11.2.2003, taltio 275, Pohjois-Savon työvoima- ja elinkeinokeskus.
[383] Asia C-94/99, *ARGE Gewässerschutz*, k. 29 ja 30.

ko järjestö käyttää tukea siten, että se vaikuttaa sen kunnalle jättämään tarjoukseen suoraan tai epäsuorasti. Tuen alittaessa tämän enimmäismäärän, sillä ei edellä mainitun asetuksen perusteella katsota olevan vääristävää vaikutusta *jäsenvaltioiden väliseen* kauppaan.

Vaikka yhteisön valtiontukisäännöt sallivat enimmäismäärältään *de minimis* -asetuksessa määrätyn suuruisen avustuksen myöntämisen, ei yhteisön perustamissopimus tai hankintalaki automaattisesti oikeuta hankintamenettelyssä tätä pienempienkään avustusten jättämistä huomioon ottamatta. Yhden tarjoajan saamalla, enintään 200 000 euron määräisellä tuella saattaa olla ratkaiseva merkitys valittaessa toimittajaa. Tarjoajana saattaa olla myös toisesta jäsenmaasta oleva yritys ja tästä johtuen periaatteessa kansallisessakin kilpailutuksessa saattaa olla yhteisön vaikutus. Yhteisön tuomioistuin ei ole julkisten tukien osalta hyväksynyt mitään *de minimis* -rajaa, koska pienikin paikallinen tuki voi estää ulkomaisen yrittäjän sijoittautumisen palveluja tarjoamaan.

Myös avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohta on asettanut kansallisen kilpailun ja markkinoiden toimivuutta koskevan ”vahtikoiran” roolin ensimmäisessä asteessa Raha-automaattiyhdistykselle. Avustustoiminnan tehtävään sisältyy siten avustuslailla annettu velvollisuus ottaa huomioon myös markkinoiden toimivuus ja siten myös elinkeinopoliittisten tavoitteiden toteutuminen. Vähäisiä vaikutuksia edellä todetussa suhteessa ei tarvitse ottaa huomioon, ja vähäisyysrajan tulkinta jää tehtäväksi konkreettisesti esillä olevien ja arviointiin vaikuttavien käytännön tosiseikkojen perusteella.

7.2 AVUSTUS YLEISHYÖDYLLISELLE JÄRJESTÖLLE PALVELUN HANKKIMISEKSI

Raha-automaattiavustuksia voidaan avustuslain mukaan myöntää järjestölle kohdennettuna toiminta-avustuksena jonkin erityisen hankkeen suorittamiseksi. Käytännössä järjestö ostaa avustuksella yleishyödyllistä toimintaa varten palvelua tai tavaroita kolmannelta osapuolelta. Tyyppiesimerkki tässä käsiteltävästä tapauksessa on Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnetty avustus pelastus- ja lääkärihelikopteritoimintaan. Avustuksen saaneet yhdistykset hankkivat tarvitsemansa kopteripalvelut ostopalveluina. Arpajaislain kannalta myös tämä on sosiaali- ja terveyspoliittista tarkoitusta varten myönnettyä rahoitusta. Onko tässä tapauksessa raha-automaattiavustus perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan mukaista kiellettyä julkista tukea?

Hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan perusteella tällainen avustuksella rahoitettava hankinta on kilpailutettava hankintalain vaatimalla tavalla, kun avustuksen määrä on yli 50 prosenttia kyseisen hankinnan arvosta (esim. KHO 27.11.2000, taltio 3113, Pro Medi-Heli ry). Vastuussa kilpailutuksesta on avus-

tuksen saaja. Avustus kohdistuu silloin hankittavaan palveluun, eli avustus on palvelun hankkimiseksi tarvittavaa rahoitusta. Ensisijaisena tavoitteena tällaisessa kilpailuttamismenettelyssä on se, että palvelujen toteuttaja tuottaisi palvelut mahdollisimman korkealaatuisina ja taloudellisesti tehokkaalla tavalla.

Julkista tukea kuljetuspalvelujen hankkimiseksi ei myönnetä suoraan palvelut tuottavalle yritykselle, vaan palvelun järjestäjälle – arpajaislain mukaan avustuskelpoiselle yhdistykselle. Avustus on korvaus taloudellisen toimijan suorittamasta palvelusta, joten kyseessä ei ole perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu tuki. Mikäli avustuksen saaja itse harjoittaa palvelutoimintaa omana toimintana ja avustus kohdistuu tähän toimintaan, voidaan avustuksella katsoa olevan kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia. Palvelutoimintaa harjoittaessaan tuen saanut järjestö harjoittaa taloudellista toimintaa ja täyttää siten 87 artiklan 1 kohdan tunnusmerkit.

Mikäli tuen saanut yhdistys toimii siten, että se suosii jotain yritystä tavalla, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua – tuki on toisin sanoen valikoiva – tuki on 87 artiklan 1 kohdan tarkoittamalla tavalla kiellettyä. Vaikka tuen välittömästi saanut yhdistys ei olekaan yritys, yhdistykselle myönnetyllä tuella olisi selektiivisyyden seurauksena 87 artiklan 1 kohdassa oleva kielletty vaikutus.

Kun kyse on hankintadirektiivin liitteessä II B olevista hankinnoista tai direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle jätetyistä hankinnoista, mutta hankintayksikkö noudattaa hankintadirektiivissä säädettyjä hankintamenettelyjä, se voi olettaa, ettei julkisia tukia koskevia sääntöjä ole rikottu.[384]

Mikäli avustuksen turvin hankittavaa palvelua ei millään tavalla kilpailuteta, on mahdollista, että tuen vaikutuksia tulee arvioida 87 artiklan 1 kohdan perusteella. Kilpailutuksessa palvelusta tuottajalle maksettava hinta määräytyy tarjousten perusteella, eikä palvelun tuottajalle muodostu erityistä taloudellista etua.[385] Palvelun hinnan järkevyyttä tulee arvioida siten samalla tavalla kuin sitä arvioisi yksityinen ostaja tilanteessa, jossa käytettävissä ei ole lainkaan julkista tukea.[386]

---

[384] Hankintadirektiivien kanssa on sopusoinnussa se, että käyttämällä kilpailullista prosessia palvelun hankinnassa, kysymys ei ole perustamissopimuksen 87 artiklan tarkoittamasta julkisesta tuesta. Ks. *Arrowsmith*, 2005, s. 225.

[385] Pelkistetysti todeten taloudellisen edun muodostuminen valtion tueksi edellyttää kahden eri elementin toteutumista: valtion antamien resurssien tulee tuoda kyseessä olevalle yritykselle hyötyä ja yrityksen ei tarvitse tarjota vastineena taloudellista etua vastaavaa palvelua. Ks. *Arhold*, 2006, s. 218.

[386] Ks. *Prieß – Garf von Merveldt*, 2006, s. 9. Kirjoittajat käyttävät perusteena ”markkinainvestoijan testiä”, mitä yhteisöjen tuomioistuin ja komissio ovat alun perin soveltaneet jäsenvaltioiden julkisten yritysten pääomainvestointitapauksissa. Periaate on *mutatis mutandis* (tarvittavin muutoksin) sovellettavissa myös palvelujen hankintakustannusten korvaamiseen. Valtiontueksi muodostuisi sellainen sijoitus, jota sijoittaja ei olisi valmis tekemään normaaleissa markkinaolosuhteissa. Testi soveltuu erityisesti investointitilanteissa, mutta samalla tavalla on arvioitavissa myös palvelun ostosta aiheutuvien kustannusten järkevyys.

Palvelun tuottajalle maksettava hinta on arvioitavissa normaalina markkinahintana.[387]

Yhdistykselle myönnettävä tuki ei vaikuta kielletyllä tavalla jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jos järjestö hankkii yleishyödyllisessä toiminnassaan tarvitsemansa palvelun avoimuusperiaatetta toteuttavaa menettelytapaa noudattaen. Kielletty vaikutus ilmenee yleensä tavalla tai toisella kotimaisten toimittajien tai tuotteiden suosimisena. Valtiontukisääntöjen perusteella hankinta-aie tulee julkistaa yhteisön laajuisesti. Tämä on omiaan varmistamaan yhteisön oikeuden tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimuksen toteutumisen. Mikäli ilmoitusta ei tehdä yhteisön laajuisesti, vain kansallisille tarjoajille suunnatun kilpailun seurauksena saattaa syntyä 87 artiklan 1 kohdan mukainen tilanne, jossa tuen myöntäminen ”vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä”. Valtiontukisääntöjen kannalta ei ole merkityksellistä, kuuluuko hankinta ensisijaisiin vai toissijaisiin hankintoihin.[388] Merkitystä hankinnan kohteella on kylläkin sille, noudatetaanko hankinnassa hankintadirektiivin tai vastaavasti hankintalain määräämiä menettelytapoja.

Yleinen yhteisön oikeuden noudattamisen velvollisuus ei koske yksityisoikeudellista yhdistystä, joten yhdistystä ei suoraan velvoita myöskään julkista tukea koskeva yhteisön oikeus. Hankintalain noudattamisesta järjestö avustuksen saajana vastaa itse, kun järjestön saaman avustuksen määrä on yli 50 prosenttia järjestön tekemän hankinnan arvosta. Yhteisön valtiontukisääntöjen johdosta kilpailuttamisvelvollisuus koskee periaatteessa myös tätä pienempiä avustuksia.

Avustuslain 4 §:n 2 momentin johdosta julkisia tukia koskevien sääntöjen noudattaminen tulee ottaa huomioon avustusvalmistelussa. Kansallisten vaikutusten osalta myös tässä alaluvussa käsiteltävänä olevassa avustuksen käytön esimerkkitapauksessa huomioon tulee ottaa avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan vaatimus siitä, ettei avustuksen arvioida aiheuttavan vähäistä suurempia haittoja kilpailuun ja markkinoiden toimintaan. Kyseiset avustuslain määräykset edellyttävät tuen ja markkinahäiriöiden huomioon ottamisen avustusta harkittaessa. Tätä pitemmälle ei Raha-automaattiyhdistyksen valvontavelvollisuus ulotu.

---

[387] Tämä johtopäätös on ensimmäisen asteen tuomioistuimen ratkaisun T-14/96*, BAI*, mukainen. Ks. ratkaisun k. 74 ja 75.

[388] Komission julkaiseman tiedonannon, joka koski julkisten viranomaisten tekemiin maa-alueita ja rakennuksia koskeviin kauppoihin sisältyviä tukia, mukaan tarjous oli ”riittävästi julkistettu” jos se on kohtuullisen pitkän ajan (kaksi kuukautta tai enemmän) julkistettu useita kertoja valtakunnallisessa lehdistössä, kiinteistöalan lehdissä tai muissa soveliaissa julkaisuissa ja välittäjien keskuudessa. Ks. Komission tiedonanto – Julkisten viranomaisten tekemiin maa-alueita ja rakennuksia koskeviin kauppoihin sisältyvistä tuista, EYVL, C 209, 10/07/1997 s. 3, k. II 1. a.

7.3 JÄRJESTÖ MYY PALVELUJA SUORAAN KULUTTAJILLE TAI YHTEISÖILLE

Tässä tyyppiesimerkissä avustus kohdistuu toimintaan, jota avustuksen saaja harjoittaa markkinaehtoisesti, kilpaillen muiden palveluntuottajien kanssa. Tämän esimerkkitapauksen käsittely on tarpeen siksi, että järjestöt harjoittavat usein laajaakin kilpailunalaista toimintaa rahoittaakseen yleishyödyllistä toimintaansa. Järjestön myymät palvelut (tai tavarat) ovat täysin markkinaehtoisia siten, että myös muut palveluntuottajat kyseisellä alueella joko tuottavat tai niiden olisi mahdollista tuottaa palveluja, mikäli järjestö ei niitä tuottaisi.

Arpajaislain mukaisen avustusten käytön tarkoituksena ei ole myöntää avustusta markkinaehtoiseen toimintaan silloinkaan, kun se tapahtuu tuottojen hankkimiseksi avustuslain tarkoittamaan yleishyödylliseen, terveyttä ja sosiaalista hyvinvointia edistävään toimintaan. Järjestön toiminnan rahoittamiseksi tapahtuva elinkeinotoiminta (elinkeinolain ja kilpailunrajoituslain merkityksessä) ei ole itsessään arpajaislain edellyttämää terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämistä. Järjestön aatteellisen toiminnan rahoittamiseksi tuen myöntämisessä ei olisi käytännöllisessä tarkastelussa mieltä, sillä avustus olisi järkevämpää myöntää suoraan aatteelliseen toimintaan. Tuki muodostuisikin luonteeltaan yritystueksi ja hintasubventioksi, jotka avustuslain julkisten tukien kielto pyrkii ehkäisemään.

Tässä tapauksessa arvioitavaksi tulee kuitenkin avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan ”vähäisyyden” kriteerin merkitys. Kaikki avustuksen vaikutus ei voi olla vähäisyyskriteerin ylittävää, jos toiminnan tarkoitus on sosiaalipoliittinen ja tätä tarkoitusta toteutettaessa esimerkiksi pääomainvestoinneilla on ulosmyytävien tuotteiden tuotantokustannuksia alentava vaikutus. Esimerkkinä on järjestöjen laitoksissa ylläpitämien kahviloiden ja vastaavien oheismyynti muille kuin laitoksen asukeille.

Järjestö voi myydä tarkoituksensa mukaisesti palveluja suoraan henkilöasiakkaille. Esimerkki tällaisesta on asuntojen tuottaminen ja niiden sosiaalisin perustein tapahtuva vuokraaminen. Lähtökohtana myös tämän toiminnan avustamisessa on se, ettei toiminnan ylläpitämiseksi myönnettävä julkinen rahoitus saa olla avustuslaissa tai perustamissopimuksessa kiellettyä julkista tukea. Raha-automaattiavustus ei tässä sosiaali- ja terveyspoliittisin perustein hyväksytyssä tukitoiminnassa saa muodostua myöskään avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan sisältämän kiellon vastaiseksi. Sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoiden kehittymättömyydestä johtuen ei sosiaalisin perustein tapahtuvassa asuntorakentamisessa näytä olevan yhteisön tason markkinoita. Kysymys olisi toisen jäsenmaan pääomasijoittajan kiinnostuksesta. Tapauskohtaisesti on avustusharkinnassa tulevaisuudessa ratkaistava kysymys siitä, olisiko toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneella henkilöllä tai yrityksellä tällaista intressiä, mutta perusteltu arviointi tulee

tehdä erityisesti kansallisten markkinoiden kehittyessä. Komission diskriminointikiellon toteutumisesta tekemän tulkinnan mukaan huomioon tulee ottaa tämän tapauksen yksittäiset olosuhteet, kuten kohteen sisältö, arvioitu arvo ja kyseessä olevan toimialan erityispiirteet, kuten markkinoiden koko ja rakenne, kauppatavat sekä toiminnan maantieteellinen sijainti.[389]

Esillä oleva esimerkkitapaus on mahdollista liittää myös perustamissopimuksen 86 artiklan yhteyteen. Artikla sisältää mahdollisuuden viranomaiselle siihen, että se uskoo yksityiselle tai julkiselle taholle yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän tehtävän ja siihen liittyen erityis- tai yksinoikeuden. Komissio on antanut erityisen 86 artiklan 2 kohdan soveltamista koskevan päätöksen.[390] Päätös sisältää ne kriteerit, joiden tulee täyttyä, jotta rahoitusta ei pidettäisi kiellettynä valtiontukena. Komission päätöksessä sosiaalisesta asuntotuotannosta vastaavat yritykset ja sairaalat on vapautettu rahamääristä riippumatta kokonaan tukien ennakkoilmoitusvelvollisuudesta, mikäli päätöksen ehdot muutoin toteutuvat. Päätöksen kansallisesta soveltamisesta ei ole tehty ratkaisuja ennen tämän tutkimuksen päättämistä maaliskuun lopussa 2007. Raha-automaattiavustusten jakoa koskeva lainsäädäntö ei sisällä komission päätöksen edellä todettuja ehtoja. Julkisen palvelun tehtävän antamista ja siinä yhteydessä raha-automaattiavustusten käyttöä tarkastellaan yksityiskohtaisesti tutkimuksen seuraavassa (V) osassa.

7.4 JÄRJESTÖ TUOTTAA PALVELUJA ILMAN ERITYISTÄ SOPIMUSTA KUNNAN KANSSA

Raha-automaattiavustusta saava järjestö voi toimia sosiaali- ja terveyspalveluissa tarkoitustaan toteuttaen siten, ettei sillä ole minkäänlaista sopimusta toiminnasta kunnan kanssa. Järjestö täydentää toiminnassaan omaehtoisesti julkisyhteisöjen järjestämiä palveluja. Toiminta perustuu usein kuitenkin järjestön kiinteään yhteistoimintaan kunnan tai kuntien kanssa. Tyyppiesimerkkinä ovat järjestöjen yhdessä kuntien kanssa ylläpitämät alueelliset ensiapu- ja kriisikeskukset. Kriisipäivystys toteutetaan vapaaehtoisvoimin tai vain osa palkatusta työvoi-

---

[389] Tiedonanto käsittelee julkisten hankintojen sääntelyn soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja. Näiden osalta kyse on kuitenkin yhteisön oikeuden yleisestä velvoittavuudesta, avoimuusperiaatteesta ja kansallisuuteen perustuvan diskriminointikiellon toteutumisesta. Nämä periaatteet tulevat samalla avoin sovellettaviksi myös esillä olevassa tilanteessa. Ks. Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 4.

[390] Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen, 2 ja 4–5 artikla.

masta on järjestön tai kunnan palkkaamaa. Kriisikeskusten toiminta-ajatus on kiteytetty siten, että ne pyrkivät auttamaan anonyymisti äkillisiin, negatiivisiin, erityisen vaikeisiin elämäntilanteisiin joutuneita ihmisiä. Keskukset pyrkivät antamaan nopeaa apua kriisitilanteissa ja ohjaavat apua tarvitsevat ammatillisen avun piiriin. Kriisikeskusten tarkoituksena ei ole tuottaa yhteiskunnasta puuttuvia palveluja, vaan vastata tarpeisiin, joita nykyisessä yhteiskunnassa ei ole olemassa lähiyhteisöjen puuttuessa.

Kriisikeskusten työmuodot sisältävät kriisipuhelinpalvelun, internetpalvelun, henkisen avun kriisitilanteessa, kriisi-interventiot ja -terapiat, ammatillisesti ohjatun ryhmätoiminnan, vertaisryhmätoiminnan, varhaiskuntoutuksen kriisejä kokeneille sekä asiantuntemuksen kokoamisen ja toiminnan paikkakuntakohtaisen kehittämisen. Esimerkkinä keskusten toiminnasta voidaan todeta, että ne pyrkivät ratkaisemaan normaalin virka-ajan ulkopuolella mielenterveysongelmien ja perheväkivaltatilanteiden seurauksena syntyviä akuutteja tilanteita. Kriisikeskuksen asiakkaalle palvelu on maksutonta.[391]

Työsopimukset eivät kuulu hankintalain 8 §:n 1 momentin 5 kohdan mukaan hankintalain soveltamisalaan. Vaikka kirjallista sopimusta ei kuntien ja järjestön välillä olekaan, sellainen on joissain tapauksissa saattanut syntynyt hiljaisesti hyväksyttynä. Kirjallinen sopimus on saatettu jättää tietoisesti tekemättä.[392] Raha-automaattiyhdistyksen tuottoa ei tällaisessa tilanteessa ostopalveluihin voida julkisia tukia koskevien sääntöjen mukaan myöntää. Näissä tapauksissa kunnan palveluhankinnat järjestöltä kuuluvat hankintalain soveltamisalaan. Sovellettavaksi tulevat säännöt, joita on kuvattu jo edellä alaluvussa 7.1. Lisäksi huomioon tulee ottaa se, ettei raha-automaattiavustuksia ole tarkoitettu käytettäviksi kunnan menojen kattamiseen.

Kriisikeskusten toiminta voidaan järjestää siten, että raha-automaattiavustus kohdentuu vain ”järjestölähtöiseen” toiminnan osaan. Toiminnasta on erotettu selvästi kunnan vastuulla olevat toiminnan osat.[393] Tällä tavoin järjestettynä toiminnan rahoitusvastuu jakautuu arpajaislain edellyttämällä tavalla kunnan ja järjestön välisessä suhteessa. Myös järjestön vastuulla olevaan osaan toimintaa voi kuulua hankintoja, jotka tulee kilpailuttaa hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan perusteella. Jos avustus on myönnetty kohdennettuna esimerkiksi pu-

---

[391] RAY, Ensiapu- ja kriisikeskustoiminnan avustaminen, 18.9.2006, *Pekka Mykrä ym.* Alkuperäisenä tarkoituksena oli, että kehitystyön jälkeen toiminnan ylläpito olisi siirtynyt kunnille. Näin ei kuitenkaan tapahtunut.

[392] Mikäli järjestön palvelujen tuottamisessa on kysymys näiden lakisääteisten vaatimusten mukaisesta toiminnasta, mutta julkisyhteisö tukee näiden järjestämistä merkittävässä määrin yleisavustuksena, herää epäilys tietoisesta halusta kiertää hankintalain ja toisaalta julkisia tukia koskevia pakottavia määräyksiä.

[393] RAY, Ensiapu- ja kriisikeskustoiminnan avustaminen, 18.9.2006, *Pekka Mykrä ym.*

helinpalvelujen hankintaan, tulee ne edellä mainitun lainkohdan 50 prosentin säännön toteutuessa kilpailuttaa.

Periaatteellisessa tarkastelussa vaikeammin ratkaistavissa on kuitenkin kysymys siitä, aiheuttaako kriisikeskuksen palvelutoiminnan tukeminen julkisista varoista avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan taikka yhteisön valtiontukisääntöjen kieltämiä vaikutuksia. Tässä tarkastelussa avustuksen myöntämisen harkinnassa merkityksellistä on se, voidaanko järjestön tuottamien palvelujen katsoa olevan taloudellisia ja kaupallisia palveluja (”*market services*”). Näitä ovat palvelut, joita tuotetaan tai voidaan ainakin periaatteessa tuottaa markkinaehtoisesti yritysten toimesta. Jos tällaisista palveluista olisi kysymys, myös järjestö täyttäisi 87 artiklan 1 kohdan yrityksen tunnusmerkit. Komission yleishyödyllisiä palveluja koskevan tiedonannon mukaan vain viranomaisen määrätehtävät (esimerkiksi peruskouluopetus) kuuluvat palvelun määritelmän ulkopuolelle.[394]

Perustamissopimuksen 50 artiklan tarkoittaman palvelun periaatteellisten piirteiden voidaan katsoa täyttyvän myös kriisikeskusten toiminnassa. Palvelun vastaanottajana on avun tarpeessa oleva henkilö tai perhe ja palvelun suorittajana on kriisikeskus. Artiklan 50 lisämääreenä on, että palvelusta maksetaan ”tavallisesti korvaus”. Vaikka raha-automaattiavustus myönnetäänkin kriisikeskusta ylläpitävälle järjestölle, sen tarkoituksena on arpajaislain 17 §:n mukaisesti rahoittaa asiakkaan vastaanottama palvelu.[395] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan palvelun maksuttomuus sen saajalle ei automaattisesti tee palvelua ei-taloudelliseksi toiminnaksi. Palvelun voi asiakkaan puolesta maksaa esimerkiksi yhteisvastuun periaatteella toimiva avustuskassa. Artiklan 50 tulkinnassa ei lopulta ole ratkaisevaa, onko kriisikeskuksen tapauksessa korvaus todellisuudessa maksettu vai ei. Artiklan mukaan kysymys on siitä, että ”palvelusta tavallisesti maksetaan korvaus”. Tämä viittaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan mahdollisuuteen tuottaa palvelu myös markkinaehtoisesti.

Perustamissopimus pyrkii varmistamaan taloudellisen markkinaehtoisen toiminnan edellytykset. Viranomainen voi puuttua markkinoiden toimintaan vain, jos se on välttämätöntä järjestyksen, turvallisuuden tai kansanterveyden suojelun kannalta. Tämä julkisten tukien myöntämisen kieltoperiaate ilmentää sisämarkkinatavoitteiden ja kilpailutavoitteiden ensisijaisuutta suhteessa muihin yhteiskunnallisiin tavoitteisiin nähden. Näitä perustamissopimuksen 46 artiklasta ilmeneviä palvelujen liikkuvuuden rajoittamisen perusteita ei ole kriisikeskuksen toiminnassa osoitettavissa, sillä periaatteessa palvelut voitaisiin myös kansallisen oikeusjärjestyksen mukaan tuottaa markkinaehtoisesti.

---

[394] Ks. komission tiedonanto, Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000), s. 12.
[395] Tämä ilmenee esimerkiksi ennakkoratkaisusta C-352/85, *Bond van Adverteerders,* k. 16.

Kansallinen lainsäädäntö ei periaatteellisessa tarkastelussa eroa yhteisön oikeudesta. Myös sen mukaan voidaan melkein kaikki inhimilliseen elämään kuuluvat palvelut järjestää markkinaperusteisesti. Suomen perustuslailla on yksityisten organisaatioiden palvelujen ja viranomaispalvelujen välistä rajaa määritelty siten, että viranomaisen tulee vastata merkittävistä julkista valtaa sisältävistä tehtävistä. Kriisikeskusten tuottamat palvelut ovat sosiaalilainsäädännön mukaisia sosiaali- ja terveyspalveluja ilman erityistä viranomaisvastuuta. STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan myös yritykset voivat tuottaa näitä palveluja. Vaikka kaikki kriisikeskuksen palvelun osat eivät kuuluisikaan kuntien järjestämisvastuulle, palvelun määritelmän piirteet niissä kuitenkin toteutuvat. Merkittävää valtaa myös kriisikeskusten toiminnassa, esimerkiksi perheväkivaltatilanteissa, käyttävät viranomaiset.

Periaatteellisessa tarkastelussa päädytään edellä esitetyillä perusteilla siihen tulokseen, että myös kriisikeskusten järjestölähtöisen toiminnan avustamisella saattaa olla voimassa olevan avustuslain ja valtiontukisääntöjen tarkoittamalla tavalla kielteisiä vaikutuksia. Nämä estäisivät raha-automaattiavustuksen myöntämisen. Tämän *periaatteellisen* tarkastelun lopputulos ei tunnu hyväksyttävältä erityisesti siksi, että kriisikeskukset pyrkivät huolehtimaan useissa tapauksissa perusoikeusjärjestelmän antamasta perimmäisestä suojasta, oikeudesta elämään.

Lopputulosta ei myöskään vapaaehtoisen kansalaistoiminnan kannalta voida pitää hyväksyttävänä, se on yhteisöllisyyden edistämisen kannata vähintäänkin vastustettava. Yleishyödyllisen järjestäytyneen kansalaistoiminnan tukeminen julkisista varoista ei olisi missään tilanteessa mahdollista silloin, kun on olemassa vaikka vain hypoteettinen mahdollisuus, että järjestön aikaansaamat palvelut olisivat tuotettavissa yritysten toimesta. Tämä lopputulos osaltaan osoittaa sen, että nykyinen Euroopan yhteisön oikeudelle alisteinen markkinoiden toimintaa ja kilpailua edistävä lainsäädäntö pyrkii turvaamaan talouden mekanismit. Paikallisen yhteisön sosiaalisen hyvinvoinnin turvaavia käytännön toimintatapoja on vaikea, lähes mahdoton sovittaa yhteen taloudellisia arvoja edistävien periaatteiden kanssa. Vaihtoehdoksi jää se, että julkisen vallan yksiköiden tulee viranomaispiirissä itse huolehtia viimeksi mainittujen tavoitteiden toteutumisesta. Lainsäädäntö kategorisoi toimijat joko taloudellista toimintaa harjoittaviin yrityksiin tai julkista valtaa edustaviin viranomaisiin. Kansalaisjärjestöjen tehtäväksi jää oikeuden soveltamistilanteessa ”edustajuus”. Mikäli järjestö ei katso voivansa toteuttaa tarkoitustaan vain tässä roolissa, vaan näkee samalla tarpeelliseksi myös käytännössä olla aktiivinen toimija hyvinvointipalvelujen tuottamisessa, on sen yrityksestä erottuvasta arvopohjastaan huolimatta markkinaoikeuden soveltamisessa samaistuttava yritykseen.

Kriisikeskusten todellisessa käytännön tilanteen tarkastelussa ratkaisun avaimena on arvioida sitä, onko avustuksilla todellisuudessa jäsenvaltion rajat ylittä-

viä vaikutuksia. Vääristääkö tai uhkaako valtioneuvoston myöntämä raha-automaattiavustus 87 artiklan 1 kohdan tarkoittamalla tavalla vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa? Kriisikeskusten tukemisen kauppavaikutus on nykyisestä markkinatilanteesta ja palvelujen luonteesta johtuen teoreettinen ja akateemista mielenkiintoa herättävä kysymys.[396] Huomattava on kuitenkin se, että todellinen varmuus tulkinnalle on saatavissa vain *notifikaatiomenettelyllä*, vaikka eräissä julkisen tuen tapauksissa myös kansalliset tuomioistuimet ovat tehneet arvion.[397]

Kansallisessa tarkastelussa ratkaisevaan asemaan nousee avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohta, joka edellyttää arvioitavaksi avustuksen vähäistä suuremman haitan kilpailuun ja markkinoiden toimintaan myös kansallisessa merkityksessä. Kun järjestö on ottanut vapaaehtoisesti vastuun kriisikeskuksen toiminnan ylläpitämisestä, ei sitä koske hankintalaki. Järjestön ei siten edellä mainittuja erityistilanteita lukuun ottamatta tarvitse ensiksi hankintalain menettelytapoja noudattaen selvittää, olisiko jokin osa tai jopa koko toiminta järjestettävissä markkinaehtoisen toimijan toimesta. Näin ollen avustuslain vaatimusten toteuttamiseksi jäljelle jää vain se mahdollisuus, että avustuksen vaikutukset arvioidaan avustuksen myöntämistä harkittaessa.

Hallituksen esityksen (HE 75/2001 vp, s. 10) mukaan rahapeliyhteisön tulee riittävällä tavalla selvittää, onko avustuksen myöntämisellä näitä vaikutuksia. Tämä edellyttää tietoista ja perusteltua selvitystä, mutta kriisikeskusten tyyppisten toimintojen kyseessä ollessa on jo lähtökohtaisesti nähtävissä, ettei toiminnan kaupallistamisen edellytyksiä ole olemassa.[398] Ratkaisu on tehtävä tapauskohtaisesti sen perusteella, missä määrin kysymys on yritysten markkinaehtoisesti tarjoamista tai julkisyhteisöjen itsensä tuottamista palveluista ja missä määrin näitä palveluja käytännössä on jo tarjolla markkinaehtoisesti relevanteilla markkinoilla. Lisäksi vähäisyyttä arvioitaessa tulisi ottaa huomioon, minkä suuruisesta tuesta tai avustuksesta tapauksessa on kyse.

---

[396] Komissio on esimerkiksi hyväksynyt suuren investointituen paikallissairaalalle tilanteessa, jossa se katsoi, ettei toiminta houkutellut asiakkaita muista maista. Komission valtiontukea koskeva päätös N 543/2001, *Capital allowance for hospitals*.

[397] Helsingin käräjäoikeus, osasto 1, välituomio 19.3.1999 nro 5687 (97/20052). Helsingin hovioikeus, tuomio 29.9.2000, Dnro S 99/380 ja KHO 27.9.2006, taltio 2472.

[398] Vrt. myös tässä tapauksessa Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 4.

7.5 VARAT VIRANOMAISYKSIKÖLLE PALVELUJEN HANKINTAA VARTEN

Raha-automaattiavustuksia siirretään eräissä arpajaislain 22 §:ssä erikseen määritellyissä tapauksissa viranomaisyksiköille suoraan, jotta nämä voisivat hankkia sosiaali- ja terveyspalveluja. Tyyppiesimerkkinä tässä käsiteltävästä tapauksesta voidaan pitää valtiokonttorille siirrettävää tuoton osaa, joka käytetään rintamamiesveteraanien kuntoutukseen ja muihin edellä mainitussa lainkohdassa mainittuihin tarkoituksiin.

Yhteisöjen tuomioistuin on katsonut, että kun valtion toimenpide on korvaus taloudellisen toimijan suorittamasta palvelusta, kyseessä ei ole perustamissopimuksen 87 artiklassa tarkoitettu tuki.[399] Näiden varojen osalta julkisia hankintoja koskevat perussäännöt toimivat, sillä avustusta saaneen hankintayksikön eli valtion tulee toimia hankintatoimessaan kaikessa suhteessa hankintalain määräysten mukaisesti. Raha-automaattiavustus on tuolloin valtion talousarvioon sisältyvää ”korvamerkittyä” rahaa palvelujen hankkimiseksi. Raha-automaattiyhdistyksellä ei ole velvollisuutta eikä oikeutta valvoa sitä, että näiden varojen käytössä ei rikota kilpailusääntöjä tai kilpailuttamista koskevia sääntöjä.

[399] Asia C-53/00, *Ferring*, k. 26.

V
JULKISEN PALVELUN TEHTÄVÄ JA TEHTÄVÄN RAHOITUS

1 Johdanto

Tässä tutkimuksen osassa pyritään selvittämään, voitaisiinko sosiaali- ja terveyspalveluihin soveltaa niitä poikkeuksia kilpailu- ja sisämarkkinoiden soveltamisesta, jotka ovat olleet mahdollisia julkisissa palveluissa. Julkisiksi palveluiksi, peruspalveluiksi, on perinteisesti mielletty sellaiset kaikille kuuluvat palvelut kuten yleisradiotoiminta ja postipalvelut. Julkisille palveluille on yleensä luonteenomaista, etteivät ne ole luonteeltaan teollisia tai kaupallisia. Kyseisten palvelujen markkinoilta puuttuvat normaalit kannattavuuden ja kilpailullisuuden edellytykset.[1]

Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohta näyttäisi antavan mahdollisuuden siihen, että valtio voi uskoa sosiaali- ja terveysjärjestölle julkisen palvelun tehtävän[2] ja antaisi sen toteuttamiseksi erityisoikeuden tai tarvittaessa jopa yksinoikeuden. Samalla tulisi turvata tehtävän rahoitus. Valtiolla tässä yhteydessä tarkoitetaan myös siihen kuuluvaa osaa, kuntaa.

Julkisia hankintoja koskevien sääntöjen kannalta kysymys on siitä, tuleeko julkisen palvelun tehtävän ja siihen liittyen erityis- tai yksinoikeuden antamisessa noudattaa hankintadirektiiviä ja sen perusteella säädettyä hankintalakia. Hankintadirektiivin 3 artikla edellyttää, että julkisen palvelutoiminnan harjoittamiseksi yksityis- tai erityisoikeuden saaneen on hankintasopimuksia kolmannen osapuolen kanssa tehdessään noudatettava kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa. Hankintadirektiivin 18 artiklan mukaan direktiiviä ei sovelleta tietyin edellytyksin lainkaan palveluhankintoihin, jotka perustuvat yksinoikeuteen. Vastaavat säännökset on sisällytetty uuden hankintalain 3 ja 12 §:ksi.

---

1 *Bovis,* 2006, s. 483.

2 Komission asiakirjoissa käytetään yleisemmin ilmaisua julkisen palvelun *velvoite*, silloin kun esillä on palvelun rahoista koskevat ehdot. Esim. Komission tiedonanto, Julkisen palvelun velvoitteesta maksettavana korvauksena myönnettävää valtiontukea koskevat yhteisön suuntaviivat, s. 1.

2 Sosiaaliturvajärjestelmää koskeva kansallinen päätösvalta

2.1 KANSALLISTA PÄÄTÖSVALTAA RAJOITTAVAT TEKIJÄT

Kansallista sosiaaliturvajärjestelmää koskevan päätösvallan rajojen määrittely ei ole ongelmatonta, sillä yhteisön oikeus vaikuttaa sosiaaliturvajärjestelmään vapausperiaatteiden ja niistä yhteisöjen tuomioistuimen tekemien tulkintojen kautta välillisesti. Tärkeimpänä syynä kansallisen lainsäädännön yhdenmukaistamiseen Euroopan yhteisön oikeuden kanssa on tavoite aikaansaada yhteisön laajuiset sisämarkkinat. Mikäli päätösvalta sisältäisi täydellisen sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämistapaa koskevan kansallisen päätösautonomian, olisi se ilmeisessä ristiriidassa edellä mainitun tavoitteen toteutumisen kanssa.[3]

Seuraavassa selvitetään yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella, miten perustamissopimus ja sen oikeusperiaatteiden soveltaminen rajoittavat kansallista sosiaaliturvajärjestelmää ja siihen sisältyvien etuuksien saatavuutta ja korvattavuutta koskevaa päätösmahdollisuutta. Samalla oikeuskäytäntö asettaa sosiaaliset perusoikeudet jännitteiseen asemaan yhteisön perustamissopimuksen liikkuvuutta koskeviin vapausoikeuksiin nähden.

Kansallisen sosiaaliturvajärjestelmän päätösvaltaa koskeva periaate ilmenee varsin selkeästi yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännöstä.

> Ennakkoratkaisussa *Duphar ym.* C-238/82 oli kyse sairausvakuutusjärjestelmää koskevasta päätöksestä, jolla pyrittiin parantamaan lääkehoitopalvelujen laatua ja vähentämään järjestelmän tuntuvaa alijäämää. Tietyistä lääkkeistä ja sidetarvikkeista, joista olisi mahdollisuus saada järjestelmän mukainen korvaus, ei enää ollut mahdollista saada korvausta lainkaan ja tiettyjä lääkkeitä sai vain ennakkoluvalla. Lääkkeiden poissulkeminen perustui hintoihin ja siihen, että niille oli olemassa halvempi vaihtoehto. Kysymys oli mm. siitä, muodostiko järjestelmä tavaroita koskevan viennin tai tuonnin rajoituksia.
>
> Tuomioistuin katsoi, ettei yhteisön oikeus vaikuta jäsenvaltioiden toimivaltaan säätää sosiaaliturvajärjestelmistään ja antaa erityisiä säädöksiä, joilla pyritään säätelemään farmaseuttisten tuotteiden kulutusta sairausvakuutusjärjestelmän taloudellisen tasapainon saavuttamiseksi. Ratkaisusta ilmenee samaten, ettei sairausvakuutuskassaa (l. toimivaltaista toimielintä) voitu rinnastaa taloudelliseen toimijaan. Sosiaaliturvajärjestelmän taloudellisen tasapai-

[3] Ks. myös *Sakslin*, 1995, s. 85 ss.

non turvaaminen on siten sellainen yleistä etua koskeva pakottava syy, jonka perusteella palvelujen liikkuvuutta voidaan rajoittaa.[4]

Ennakkoratkaisussa asiassa *Decker* C-120/95 oli kyse toisesta jäsenvaltiosta hankittujen silmälasien korvaamisesta sairauskassasta eli tavaroiden liikkuvuudesta. Myös tässä tapauksessa tuomioistuin totesi, ettei yhteisön oikeus vaikuta jäsenvaltioiden toimivaltaan säätää sosiaaliturvajärjestelmistään. Tuomioistuin totesi, ettei kansallisen sääntelyn kuuluminen sosiaaliturvan alaan estä perustamissopimuksen 30 artiklan soveltamista.[5]

Ennakkoratkaisussa *Kohll* C-158/96 tuomioistuin totesi, että perustamissopimuksen 56 (nykyisin 46) artiklassa jäsenvaltiolle annetaan mahdollisuus rajoittaa sairaanhoito- ja sairaalapalvelujen tarjoamisen vapautta silloin, kun tietyn hoitokapasiteetin tai lääketieteellisen pätevyyden ylläpitäminen tietyssä jäsenvaltiossa on välttämätöntä kansanterveydellisistä syistä tai paikallisen väestön eloonjäämisen kannalta.[6]

Ennakkoratkaisussa *Leichtle* C-8/02 oli kyse kylpylähoidon kustannusten korvattavuudesta, kun hoito oli tapahtunut muussa kuin hoidon saaneen henkilön pysyvän asuinpaikan maassa. Kansallisen lainsäädännön perusteella lääketieteellisen hoidon kustannukset toisessa maassa maksettiin siihen määrään saakka kuin jos ne olisi suoritettu palvelun vastaanottajan asuinpaikan maassa. Sen sijaan maan ulkopuolella saatavasta hoitoon liittyvistä asumisesta, ruoasta, matkakuluista, kylpylähoitomaksuista ja lääkärin loppulausunnosta tarvittiin korvattavuutta koskeva ennakkovahvistus, joka voitiin myöntää ainoastaan erittäin tiukoin laissa määritellyin edellytyksin.

Koska palveluja koskevia oikeussääntöjä ei ole toistaiseksi yhdenmukaistettu eikä ole luotu niiden vastavuoroisuuden tunnustamisen järjestelmää, voi jäsenvaltio ratkaisun mukaan asettaa rajoituksia, joiden soveltamisalaan kuuluvat kaikki tämän valtion alueelle sijoittautuneet luonnolliset henkilöt ja oikeushenkilöt.

Kuitenkin kaikki sellainen palvelujen tarjoajien syrjintä on kielletty, jonka kohteeksi palvelun tarjoaja joutuu kansalaisuutensa perusteella tai siksi, että tarjoaja on sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon. Tämän mukaan jäsenvaltio voi

---

[4] Asia C-238/82, *Duphar ym.*, k. 16 ja 17. Myös asia C-160/91 *Poucet & Pistre*, s. 6. Ks. vastaavasti myös Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi palveluista sisämarkkinoilla, Parlamentin toinen käsittely 15.11.2006, 4 artikla k. 8. Direktiivin tarkoituksena ei siten ole pyrkiä muuttamaan yhteisöjen tuomioistuimen tulkintakäytäntöä.

[5] Asia C-120/95, *Decker*, k 21.

Tässä tutkimuksessa ei selvitetä sosiaalipoliittisia palveluja silloin, kun ne liittyvät työvoiman liikkuvuutta koskevaan perusvapauteen. Voidaan kuitenkin todeta, että kysymystä käsitellään mm. ennakkoratkaisussa asiassa C-368/98, *Vanbraekel*. Asetuksen N:o 1408/71 mukaan oleskeluvaltion laitoksen on periaatteessa annettava vakuutetulle luontaisetuuksia toimivaltaisen laitoksen puolesta sen valtion lainsäädännön mukaan, jossa etuudet annetaan, ikään kuin hänet olisi vakuutettu siinä valtiossa. Ainoastaan sen kauden pituus, jonka aikana etuuksia annetaan, määräytyy toimivaltaisen jäsenvaltion lainsäädännön mukaan. Ks. edellä mainittu ratkaisu, k. 32.

[6] Asia C-158/96, *Kohll*, k. 51.

säätää niistä edellytyksistä, joita vaaditaan sosiaali- ja terveyspalveluilta ja niiden tuottajilta. Näitä sääntöjä tulee periaatteessa soveltaa yhtäläisesti myös toisen jäsenvaltion alueelle sijoittautuneisiin palvelujen tarjoajiin, joiden on siten täytettävä kyseiset vaatimukset.[7]

Tuomioistuimen mukaan jäsenvaltiolla on oikeus vahvistaa lainsäädännöllään vapaasti sosiaaliturvaetuuksien myöntämisedellytykset, kun alaa ei ole yhteisön säännöksillä yhdenmukaistettu. Jäsenvaltioiden on kuitenkin tätä toimivaltaa käyttäessään noudatettava yhteisön oikeutta.[8]

Jäsenvaltion lainsäädännössä toisessa jäsenmaassa saadun hoidon aiheuttamien kustannusten korvaamiselle ei ole mahdollista asettaa eri edellytyksiä kuin omassa maassa. Tämä tekisi sosiaalivakuutetuille vähemmän houkuttelevaksi hankkia lääketieteellisiä palveluja palveluntarjoajilta, jotka ovat sijoittautuneet muihin jäsenvaltioihin kuin siihen, jossa henkilö on vakuutettu.[9] Perustamissopimuksen palvelujen tarjontaa koskeva 49 artikla saattaa estää sellaisen kansalliseen lainsäädäntöön sisältyvän vaatimuksen toteuttamisen, joka edellyttää ennakkolupaa hakeuduttaessa saamaan hoitoa toiseen jäsenvaltioon. Ennakkolupa on kielletty, jos lupa estää tai saa sosiaalivakuutetut luopumaan kääntymästä muissa kuin siinä jäsenvaltiossa, jossa henkilö on vakuutettu, toimivien hoitopalvelujen tarjoajien puoleen. Ennakkolupa voidaan vaatia, jos tätä palvelujen tarjoamisen vapauden rajoitusta voidaan perustella jollakin perustamissopimuksessa hyväksytyllä poikkeuksella.[10]

Ennakkoluvan vaatiminen voi olla mahdollista, jos kyse on perustamissopimuksessa määrättyyn poikkeukseen perustuvasta perustellusta taikka yleistä etua koskevasta pakottavasta syystä. On kuitenkin varmistuttava siitä, että tätä varten toteutetuilla toimenpiteillä ei ylitetä sitä, mikä on objektiivisesti tarpeen tätä varten, ja ettei tavoitetta olisi voitu saavuttaa vähemmän rajoittavilla säännöillä. Yhteisöjen tuomioistuimen edellä todetut ennakkoratkaisut ovat tyypillisiä erimerkkejä siitä tavasta, millä mainitun artiklan yhteydessä tuomioistuin soveltaa *tarkoituksenmukaisuus*, *välttämättömyys-* ja *suhteellisuusperiaatteita*.

Myös liikkuvien työntekijöiden sosiaaliturvaa koskevat asetukset 1408/71 ja 574/72 kaventavat tosiasiassa kansallista sosiaaliturvajärjestelmää koskevaa päätöksentekomahdollisuutta, sillä esimerkiksi lasten kodinhoidon tukea tulee maksaa riippumatta siitä, minkä jäsenvaltion alueella lapsi asuu. Perusteena tälle

---

[7] Ks. myös *Mäenpää*, 2001, s. 27.

[8] Asia C-8/02, *Leichtle v. Bundesanstalt für Arbeit*, k. 29. Tuomioistuin viittasi aikaisempiin ratkaisuihinsa myös asioissa C-157/99, *Smits* ja *Peerbooms*, k. 44–46 ja C-385/99, *Müller-Fauré*, k. 100, joissa myös todettiin jäsenvaltion oikeus säätää sosiaaliturvajärjestelmistään, mutta todettiin myös, että jäsenvaltion on tätä oikeutta käyttäessään noudatettava yhteisön oikeutta.

[9] Asia C-8/02 *Leichtle*, k. 30 ja 32.

[10] Ks. asia C-8/02 *Leichtle*, k. 28 ja em. kohdassa viitatut ennakkoratkaisut asiassa C-368/98, *Vanbraekel*, k. 41 ja C-385/99, *Müller-Fauré ja van Riet,* k. 38.

laajennukselle on se, että etuuksien epääminen ei saa muodostaa estettä perustamissopimuksen turvaamalle työvoiman liikkuvuudelle.[11]

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö kuvaa sosiaaliturvajärjestelmää koskevan kansallisen päätäntävallan rajoja. Oikeuskäytäntö kuvaa myös perustamissopimuksen 49 artiklan soveltamisen kehitystä. Tuomioistuin on yleisenä linjauksena todennut sen, ettei yhteisön oikeus puutu jäsenvaltion oikeuteen säätää sosiaaliturvajärjestelmästään. Samalla tuomioistuin on kuitenkin merkittävällä tavalla puuttunut yhteisön oikeuden kannalta relevanteissa soveltamistilanteissa tähän oikeuteen.[12] Puuttuminen kohdistuu useimmiten siihen tapaan, millä tavoin jäsenvaltio käytännössä järjestää sosiaaliturvan, tässä tutkimuksessa sosiaali- ja terveyspalvelut.

Periaatteena perustamissopimuksen liikkuvuusvapauksien soveltamisessa on, että oman maan henkilöiden tai oikeushenkilöiden asettamista erityisasemaan palvelujen tuottajana ei voida perustella sillä, että erilainen kohtelu perustuisi yleisen edun turvaamiseen liittyviin pakottaviin syihin. Tämä johtuu siitä, että sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta yleisen edun edellyttämät syyt on otettu huomioon jo kansallisessa lainsäädännössä, jolloin ne koskevat erotuksetta kaikkia palvelujen tarjoajia.[13] Oikeuskäytäntö ei anna välitöntä vastausta kysymykseen, miten palveluja tuottavan sosiaali- ja terveysjärjestön asema määräytyy yhteisön oikeuden toteuttamisessa. Kun soveltamissa järjestön toiminnan funktionaalinen sisältö on aikaisemmin selvitetyn (ks. osa IV, luku 4.3) mukaisesti ratkaiseva, on myös järjestö siten vastaavien palveluyritysten kanssa samassa asemassa.

Tämän tutkimuksen kannalta ennakkoratkaisu *Sodemare SA* C-70/95 on kiintoisa, sillä sen mukaan näyttäisi olevan mahdollista rajata palvelujen tuottajat siten, että yksityisistä toimijoista tuottajiksi hyväksytään vain voittoa tavoittelemattomat yksiköt, mahdollisesti yleishyödylliset sosiaali- ja terveysjärjestöt.[14] *Karin* ja *Markwortin* tekemän selvityksen mukaan Italiassa on palvelujen tuottaminen varattu vain voittoa tavoittelemattomille yksityisille toimijoille silloin, kun viranomaisyksiköt eivät niitä tuota. Sosiaalipalvelujen järjestäminen on kyseissä maassa laajasti julkisen ja kolmannen sektorin organisaatioiden tehtävä. Kolmannen sektorin organisaatiot pannaan kilpailemaan projekteista, joihin saadaan myös EU-rahoitusta. Järjestöjen toiminnan rahoituksesta julkisen tahon osuus on merkittävin (43 %).[15]

---

[11] Asia C-333/00, *Maaheimo*, k. 34 ja 38.
[12] Ks. yhteisön oikeuden tulkinnasta *Hatzopoulos – Do*, 2006, s. 943–949.
[13] Periaate on todettu mm. ennakkoratkaisussa C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ym*.
[14] Asia C-70/95, *Sodemare SA*.
[15] *Kari – Markwort*, 2004, s. 44 ss. ja 46.

2.2 VOITTOA TAVOITTELEMATTOMAT ORGANISAATIOT SOSIAALITURVAJÄRJESTELMÄN TOTEUTTAJINA

Sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottajina voivat STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaan olla myös yritykset. Kyseissä lainkohdassa ja julkisten palveluhankintojen kilpailutusta koskevassa hankintalaissa sosiaali- ja terveysjärjestöt on asetettu palvelujen tarjoajina yritysten kanssa samaan asemaan, kuten edellä sosiaalilainsäädäntöä koskeneessa osan III alaluvussa 3.4 on ilmennyt. Olisivatko järjestöt sosiaaliturvajärjestelmän toteuttajina asetettavissa yrityksiin nähden eri asemaan? Seuraavassa kysymystä tarkastellaan erityisesti yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisun *Sodemare SA* C-70/95 perusteella.

Ennakkoratkaisussa *Sodemare SA* C-70/95 oli kyse terveydenhuoltoon kuuluvista sosiaalipalveluista, joilla tarkoitettiin kansalaisen terveyden suojelua ja siihen kuuluvia toimia, joilla tuettiin ennaltaehkäisevää terveydenhoitoa ja fyysistä sekä psyykkistä hoitoa ja kuntoutusta. Lainsäädännön mukaan terveydenhoitoalan sosiaalihuollon käsitteellä voidaan tarkoittaa mm. laitoshoitoa sellaisissa laitoksissa, joiden pääasiallinen tai ainoa tehtävä on tarjota hoitoa vammaisille vanhuksille, joita ei voida hoitaa kotona.

Paikallishallintoalueet saattoivat kansallisen terveydenhoitorahaston taloudellisesta tilanteesta riippuen tehdä sopimuksia julkisten elinten ja niiden puuttuessa yksityisten elinten kanssa. Korvauksiin sovellettiin ennalta vahvistettuja tariffeja. Järjestelmän toteuttamisesta vastaavat kuntien ja paikallisista palveluista vastaavien elinten suoraan hallinnoimat organisaatiot sekä muut julkisista elimistä riippuvat organisaatiot. Yksityisten tuottajien on täytettävä lainsäädännössä määritellyt vaatimukset. Laki edellytti mm. sitä, että vanhuksille tarkoitetun asuntolan ja osittain tai kokonaan hoidon varassa olevien henkilöiden asuntolan pitämistä varten on saatava toimilupa maakunnalta, jossa kyseinen asuntola sijaitsee ja että kyseinen toimija ei saa tavoitella voittoa. Järjestelmään hyväksytyille vanhusten hoitoloille oli asetettu tiukempia henkilökuntaa koskevia sääntöjä kuin järjestelmän ulkopuolisille asuntoloille.[16]

Kansallinen tuomioistuin oli todennut kansallisen säännöksen vaikutuksena olevan, että terveydenhuoltoalan sosiaalihuoltoetuudet varataan pääasiallisesti yhtiöille, jotka eivät tavoittele voittoa. Julkisten varojen varaaminen ainoastaan näille yhtiöille tarkoitti sitä, että voittoa tavoittelevan yhtiön palvelujen käyttäjät joutuivat vastaamaan kustannuksista. Näitä heidän ei olisi tarvinnut maksaa, jos he olisivat pyytäneet samaa palvelua yhtiöltä, joka ei tavoittele voittoa.[17]

Italian hallituksen mukaan edellytys, jonka mukaan voittoa ei saa tavoitella, oli osoittautunut johdonmukaisimmaksi keinoksi kyseessä olevan järjestel-

[16] Asia C-70/95, *Sodemare*, k. 4, 5, 7 ja 8.
[17] Ennakkoratkaisun k. 10 ja 15.

män yksinomaan sosiaalisten tavoitteiden saavuttamiseksi. Yksityisten, voittoa tavoittelemattomien toimijoiden valintoihin, jotka koskevat niiden organisaatiota ja sosiaalihuollon tarjoamista, ei niiden ensisijaisesti sosiaalisten tavoitteiden osalta vaikuttaisi vaatimus siitä, että palvelujen tarjoamisesta on saatava voittoa.[18]

Kysymyksillään kansallinen tuomioistuin halusi tietää, onko perustamissopimuksen 3 artiklan g alakohdan sekä 5, 52, 58, 59, 85, 86 ja 90 artiklan vastaista se, että jäsenvaltio sallii ainoastaan sellaisten yksityisten toimijoiden, jotka eivät tavoittele voittoa, osallistua valtion sosiaalihuoltojärjestelmän toteuttamiseen tekemällä sopimuksia, joiden perusteella niillä on oikeus saada viranomaisilta korvaus terveydenhoitoalan sosiaalihuoltopalveluista aiheutuneista kustannuksista.

Tapaukseen tuli sovellettavaksi sijoittautumisvapautta koskeva 52 (nykyisin 43) artikla. Tuomioistuin totesi tässäkin ratkaisussaan, ettei yhteisön oikeus vaikuta jäsenvaltioiden toimivaltaan säätää sosiaaliturvajärjestelmistään. Italian lakisääteinen sosiaalihuoltojärjestelmä, jonka toteuttaminen kuului viranomaisille, perustui yhteisvastuuperiaatteelle. Tämä ilmeni siitä, että järjestelmä oli tarkoitettu ensisijaisesti sellaisten ihmisten avuksi, jotka tarvitsivat sitä perheen riittämättömien tulojen takia tai sen takia, että he ovat täysin tai osittain epäitsenäisiä, taikka syrjäytymisen uhan takia. Vasta sitten järjestelmä oli käytettävissä oleva kapasiteetti ja varojen määrä huomioon ottaen tarkoitettu henkilöille, joilla oli mahdollista vastata ainakin osittain kuluista itse.

Lisäksi tuomioistuin totesi seuraavaa: vuoden 1980 lain 18 §:n 3 momentin a kohdassa mainittu edellytys, jonka mukaan voittoa ei saa tavoitella, kuuluu vuoden 1986 lailla perustettuun sosiaalihuoltojärjestelmään, jolla pyritään mm. edistämään ja ylläpitämään ihmisten terveyttä sosiaalihuolto- ja terveydenhoitoalan palvelujen avulla ja auttamaan huollettavia henkilöitä, joilla ei ole perhettä tai joiden perheet eivät kykene heistä huolehtimaan, siten, että heidät sijoitetaan perheisiin tai heille soveltuviin kunnallisiin laitoksiin. Yksityiset sopimusjärjestelmän piiriin hyväksytyt ja laissa säädetyt vaatimukset täyttävät elimet toteuttivat näin laadittua sosiaalihuoltojärjestelmää. Järjestelmässä määriteltiin, minkälaisia palveluja avustettaville tarjotaan ja miten suuri osuus näiden elinten tarjoamien palveluiden kuluista korvattiin.

Tuomioistuin totesi, että jäsenvaltio voi päättää sosiaaliturvajärjestelmän säätämistä koskevan toimivaltansa puitteissa, että järjestelmän ylläpitämiseen hyväksytään vain voittoa tavoittelemattomat palvelujen tuottajat. Jäsenvaltio voi nimittäin katsoa, että sellaisen sosiaalihuoltojärjestelmän tavoitteiden saavuttaminen, joka perustuu solidaarisuusperiaatteelle ja joka on tarkoitettu ensisijaisesti hoidon tarpeessa olevien ihmisten avuksi, sisältää välttämättä sen, että yksityisten toimijoiden hyväksyminen sosiaalihuoltopalvelujen tarjoajiksi edellyttää, että nämä toimijat eivät tavoittele voittoa.[19]

---

[18] Ennakkoratkaisun k. 27–31.

[19] Ennakkoratkaisun k. 32.

Kun voittoa tavoittelevia yhteisöjä koskeva kielto koskee automaattisesti samalla tavalla sekä kotimaisia että ulkomaalaisia yhtiöitä, ei kyse ollut kansalaisuuteen perustuvasta diskriminoinnista.[20]

Ei ole perustamissopimuksen sijoittautumisvapauden 52 (nykyisin 43) ja yhtiöitä koskevan 58 (nykyisin 48) artiklan vastaista, että lainsäädännössä palvelujen tuottajiksi hyväksyttiin vain voittoa tavoittelemattomat yhteisöt.[21]

Järjestely ei ollut myöskään toimenpide, joka olisi vääristänyt sisämarkkinoiden toimintaa (3 artiklan 1 kohdan g alakohta).[22] Kiintoisaa oli se, että tuomioistuin tulkitsi 85 ja 86 (nykyisin 81 ja 82) artiklan kilpailusääntöjä yhdessä 5 (nykyisin 10) artiklan *lojaliteettiperiaatteen* kanssa, ja myös 90 (nykyisin 86) artiklan kanssa. Tuomioistuin viittasi 90 (nykyisin 86) artiklaan kokonaisuudessaan, eikä vain sen 1 kohtaan, joka koskee julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia. Kun kysymys oli 81 ja 82 artiklan sisältämien kilpailusääntöjen soveltamisesta, tuomioistuimen viittauksen on katsottava kohdistuvan vain artiklan 1 kohtaan. Erityis- ja yksinoikeuden antaminen olisi saattanut muodostaa kielletyn toimenpiteen sellaisenaan. Ilmaisusta voitaisiin päätellä, että kyseessä olevat palvelut olisivat kuuluneet 86 artiklan 2 kohdan mukaisiin yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviin palveluihin, mutta tätä tuomioistuin ei kuitenkaan nimenomaisesti ilmaissut.

Sodemare-ennakkoratkaisussa oli kyse perustamissopimuksen 43 artiklan sijoittautumisvapaudesta. Italian lainsäädännön tavoitteisiin liittyvien tausta-arvojen kannalta kysymys näyttäisi olevan siitä, että julkisia varoja ei haluta antaa yksityisten yritysten voitoiksi, ja toisaalta pragmaattisena perusteluna oli se, että palvelun kuluttajan kustannukset haluttiin pitää mahdollisimman pieninä.[23] Ennakkoratkaisu samoin perustein sovellettuna palvelujen tarjonnan vapautta koskevan 49 artiklan yhteydessä merkitsisi sitä, että palvelujen tarjoajaksi eli kansallisen sosiaaliturvajärjestelmän toteuttajiksi voitaisiin hyväksyä vain voittoa tavoittelemattomat palveluntuottajat.

STVOL-säännöksissä tai muussa sosiaalilainsäädössä taikka muussa yleisessä lainsäädännössä ei ole tehty edellä todettua rajausta, joka estäisi voiton tavoittelun sosiaali- ja terveyspalveluissa.

---

[20] Ennakkoratkaisun k. 33.

[21] Ennakkoratkaisun k. 34 ja 35.

[22] Ennakkoratkaisun k. 48. Tuomioistuin totesi lisäksi, ettei jäsenvaltio rikkonut 5 ja 85 artiklaa, sillä järjestelmään hyväksyttyjä yhteisöjä ei velvoitettu tekemään 85 artiklassa kiellettyjä yhteisjärjestelyjä tai vastaavia. Tapauksessa tuomioistuin katsoi myös, ettei 86 (nykyisin 82) artiklaa, ”tulkittuna yhdessä 90 (nykyisin 86) artiklan kanssa” voitu soveltaa, koska kenellekään ei annettu määräävää markkina-asemaa.

[23] Ennakkoratkaisun k. 15.

3 Julkista palvelua koskeva tehtävä ja EY:n oikeus

Kulttuurillisista, historiallisista ja maantieteellisistä syistä yleishyödylliset palvelut on organisoitu EY:n eri jäsenvaltiossa eri tavalla, mutta useissa tapauksissa palvelujen järjestämisen muotona on ollut niiden tuotannon organisoiminen säätämällä palvelujen tuottajalle yksinoikeus. Yksinoikeuksien tuomiin ongelmiin on sittemmin pyritty puuttumaan toimialakohtaisella markkinoiden sääntelyllä ja liberalisoinnilla. Jäsenvaltion viranomaiset voivat tarvittaessa ”hankkia” palveluja myöntämällä yksinoikeuksien sijasta tietyille yrityksille erityisoikeuksia kyseessä olevalla sektorilla, ja samalla viranomaiset asettavat yrityksille velvollisuuden tuottaa palveluita vaatimallaan tavalla.[24] Monopoliin perustuvien palvelujen toimialakohtainen avaaminen kilpailulle alkoi 1980-luvun loppupuolella.[25]

Vastuu hyvinvointiin ja sosiaaliseen suojeluun liittyvistä yleishyödyllisistä palveluista on kansallisella tai alueellisella tasolla. Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen järjestämisen ja niiden sääntelyn tulee tapahtua niin lähellä niiden käyttäjiä kuin mahdollista ja noudattaen tarkasti toissijaisuusperiaatetta.[26] Komissio on korostanut yleishyödyllisistä palveluista antamassaan valkoisessa kirjassa kunnioittavansa jäsenvaltioiden keskeistä roolia ja hallintoa yleishyödyllisten palvelujen alueella.[27] Yhteisöllä on kuitenkin tunnustettu asema edistettäessä näihin palveluihin liittyvää yhteistyötä ja koordinaatiota.[28]

Amsterdamin sopimuksella otettiin perustamissopimuksen 16 artiklaan seuraava maininta yleishyödyllisistä palveluista sekä määriteltiin niiden asema suhteessa kilpailuoikeusartikloihin: ”Ottaen huomioon yleistä taloudellista etua koskevien palvelujen tärkeän aseman unionin yhteisten arvojen joukossa ja niiden merkityksen sosiaalisen ja alueellisen yhteenkuuluvuuden edistämisessä yhteisö ja jäsenvaltio huolehtivat kukin toimivaltansa mukaisesti ja tämän sopimuksen soveltamisalalla siitä, että tällaiset palvelut toimivat sellaisin perustein ja edellytyksin, että ne voivat täyttää tehtävänsä, sanotun kuitenkaan rajoittamatta 73, 86

---

[24] Ks. *Alkio – Wik*, 2004, s. 713.
[25] Ks. Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 3.
[26] Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000), k. 22.
[27] Komissio, Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista, k. 3.1.
[28] Komission tiedonanto, Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000), s. 24.

ja 87 artikloiden soveltamista."[29] Edellä todetut artiklan numerot on tässä muutettu osoittamaan nyt voimassa olevaa perustamissopimuksen numerointia.

Yleishyödyllistä palvelua koskeva terminologia sisältyy myös perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohtaan. Sen mukaan "yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sekä fiskaalisiin monopoleihin sovelletaan tämän sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä. Kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka olisi ristiriidassa yhteisön etujen kanssa." Artikla 86 velvoittaa sanamuotonsa mukaan jäsenvaltioita, ei suoraan yrityksiä.[30]

Perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohtaan sisältyvällä yleishyödyllisen palvelun käsitteellä on yhteisön oikeuden kannalta Amsterdamin sopimuksen "julistusartiklaa" suurempi merkitys.[31] Julkisasiamies on asiassa *Wouters* C-309/99 eritellyt 86 artiklan 2 kohdan sisältöä siten, että artiklan 86 edellytykset on purettavissa seuraaviin osatekijöihin: 1) julkisen tehtävän antaminen, 2) yleiseen taloudelliseen tarkoitukseen liittyvä palvelu, 3) erityisoikeus ja yksinoikeus, 4) julkisen palvelutehtävän estyminen, toisin sanoen välttämättömyystesti, 5) ja kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka on ristiriidassa yhteisön etujen kanssa.[32]

3.1 VALTIOON LÄHEISESSÄ SUHTEESSA OLEVAT YRITYKSET PALVELUJEN TUOTTAJINA

Perustamissopimuksen 86 artiklan 1 ja 2 kohta muodostavat toisiinsa kietoutuvan kokonaisuuden, mutta 1 kohdan kiellolla on myös jäsenvaltioiden toimenpiteitä koskeva itsenäinen merkitys.[33] Perustamissopimuksen 86 artiklan 1 kohdan mukaan "jäsenvaltiot eivät saa toteuttaa tai pitää voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät yksinoikeuksia tai erityisoikeuksia, joka on ristiriidassa perustamissopimuksen kanssa, erityisesti sen 12 ja 81–89 artiklan määräysten kanssa." Kun viranomaistaho on myöntänyt palveluntuottajalle erityis- tai yksinoikeuden, on kysymys perusta-

---

[29] Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 4. Amsterdamin sopimuksen 7 d artikla on nykyisin perustamissopimuksen 16 artikla.

[30] Asia C-30/87, *Bodson,* (ratkaisun perusteluita ei ole numeroitu): That provision (article 90 (1)) governs the obligations of the Member States – which includes, in this context, the public authorities at the regional, provincial or communal level – towards undertakings "to which (they) grant special or exclusive rights". Ks. myös *Alkio – Wik*, 2004, s. 718.

[31] *Blum – Logue*, 1996, s. 21.

[32] Ks. julkisasiamiehen ratkaisuehdotus asiassa C-309/99, *Wouters,* 157.

[33] Tämän on todennut yhteisöjen tuomioistuin mm. asiassa C-320/91*, Corbeau*, k. 13.

missopimuksen 86 artiklan 1 kohdan tarkoittamasta yrityksestä. Viranomaistahon ei ole välttämätöntä silloin kontrolloida yritystä omistuksen tai hallinnon kautta. Esimerkkeinä ovat yksinoikeus tarjota teleliikennepalveluja[34] tai myydä telelaitteita[35] koko maan kattavalla alueella, tai yksinoikeus työnvälitystoimintaan[36] taikka postin kuljetukseen.[37]

Yhteisön oikeuden kannalta ei ole merkitystä sillä, ovatko yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottajina julkiset vai yksityiset yritykset.[38] Artiklan 86 kohta 1 sisältää pääsäännön, jonka mukaan myös siinä mainittuja valtioon läheisessä suhteessa olevia yrityksiä (*state-related undertakings*) koskevat kaikki perustamissopimuksen velvoitteet ja erityisesti mm. valtion tukea koskevat 87–89 artiklan määräykset. Näitä yhtiöitä ovat julkiset yritykset ja yritykset, joille jäsenvaltiot myöntävät yksinoikeuksia tai erioikeuksia. Kyseessä on oltava yritys, jolle valtiovalta on aktiivisin toimenpitein luonut sen aseman, erioikeudet tai monopolin mainitun palvelun tuottamiseen.[39] Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan on epäoleellista, onko yksikkö eriytetty juridisesti julkisoikeudellisesta viranomaisesta. Oleellista on sen sijaan se, että jos kyseessä oleva hallinnollinen yksikkö harjoittaa taloudellista tai kaupallista toimintaa tarjoamalla tavaroita ja palveluja yhteismarkkinoilla, kyseessä on 86 artiklassa tarkoitettu julkinen yritys.[40]

Artiklan 86 kohdan 1 tarkoituksena on varmistaa, ettei yrityksen läheinen suhde valtion kanssa aikaansaa epätasapainoa ja markkinahäiriöitä toisten yritysten vahingoksi. Tämä tilanne voisi syntyä siten, että valtio julkisten yritysten avulla pyrkisi hankkimaan kohtuuttomia etuja ja markkinaosuuksia näille yrityksille.[41]

Julkishallinnon elimet voivat harjoittaa sekä julkisoikeudellisia että yksityisoikeudellisia tehtäviä. Siten valtio voi myös itse harjoittaa taloudellista toimintaa. Tämä perustuu perustamissopimuksen 295 artiklaan, jonka mukaan sopimuksen tarkoituksena ei ole puuttua jäsenvaltioiden omistusoikeusjärjestelmiin. Periaatteessa jossain jäsenvaltiossa voi siis olla vaikka kaikki keskeinen tuotanto valtion tai valtionenemmistöisten yritysten hallussa. Samoin jäsenvaltiot saavat

---

[34] Yhdistetyt asiat C-271/90, C-281/90 sekä asia C-289/90, *Espanja, Belgia ja Italia v. komissio*.
[35] Asia C-202/88, *Ranska v. komissio*.
[36] Asia C-41/90, *Höfner ja Elser*.
[37] Asia C-320/91, *Corbeau*.
[38] Komissio toteaa tämän johtopäätöksen perustuvan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön. Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettäviin valtiontukiin, johdanto-osa 2 kohta.
[39] Ks. *Joutsamo ym.*, 2000, s. 593.
[40] Tämä ilmenee esimerkiksi yhteisöjen tuomioistuimen Italiaa koskevasta ennakkoratkaisusta C-118/85, *komissio v. Italia*, k. 10.
[41] Ks. *Blum – Logue*, 1996, s. 7.

myöntää yrityksille eriasteisia erioikeuksia tai täydellisiä monopoleja tietyille tuotannonaloille.[42] Perustamissopimuksen 86 artikla tai muut perustamissopimuksen määräykset eivät estä jäsenvaltioita omistamasta tietyllä toimialalla monopoliasemassa toimivia yrityksiä. Jäsenvaltiot voivat myöntää erityis- tai yksinoikeuksia joko omistamilleen yrityksille tai yksityisesti omistetuille yrityksille.[43]

Perustamissopimuksen 86 artiklan 1 kohta sisältää viittauksen kilpailusäännöt sisältäviin 81–82 artikloihin ja valtion tukea koskevaan 87 artiklaan. Ensiksi mainitut artiklat kieltävät eräin edellytyksin yrityksien väliset sopimukset ja määräävän markkina-aseman väärinkäytön ja viimeksi mainittu artikla kieltää jäsenvaltion valtion varoista muodossa tai toisessa myöntämän tuen, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa.[44] Viittaus kattaa myös 88 artiklan, jossa säädetään mm. komission valvontavelvollisuudesta ja jäsenvaltion velvollisuudesta ilmoittaa (*notifioida*) julkinen tukijärjestelmä tai tuki.

Lisäksi viittaus koskee mm. 12 artiklan mukaista kansalaisuuteen perustuvaa syrjinnän kieltoa ja yleistä kieltoa perustamissopimuksen vastaisuudesta. Tämä viittaus yleisenä periaatteena estää perustamissopimuksen takaamien neljän vapausperiaatteen, mm. 43 artiklan sijoittautumisoikeuden ja 49 artiklan palvelujen tarjonnan vapauden vastaisen lainsäädännön säätämisen tai ylläpitämisen taikka soveltamisen. Kansalaisuuteen perustuva diskriminointikielto sisältyy myös mainittuihin artikloihin erikseen.

Jos yrityksen katsotaan tuottavan yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, tulee siten määräytyvää toiminnan luonnetta ilmeisestikin soveltaa kaikkiin sen toimenpiteisiin, sisältäen myös puhtaasti kaupallisia tavoitteita toteuttavat toimenpiteet kuten mainonnan.[45]

Edellä (osa II, luku 6.4) hankintasäännösten läpikäynnin yhteydessä selvitetyn mukaan yhteisön oikeuden piirissä yksinoikeuden ja erityisoikeuden toisistaan erottaminen ei ole ollut aina selvää, sillä yksinoikeuden tuomioistuin rinnastaa artiklan sanamuodon mukaan monesti erityisoikeuteen.[46] Usein termit on yhteisön viranomaisten käytännössä kytketty toisiinsa ilman, että niitä on yritettykään erottaa. Näyttää suhteellisen varmalta, että jos yhdelle yritykselle on myönnetty oikeus huolehtia jostain toiminnasta tietyn maantieteellisen alueen kattavasti, se

---

[42] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 423 ja 588.
[43] *Alkio – Wik*, 2004, s. 715.
[44] Ks. *Blum – Logue*, 1996, s. 9.
[45] *Bum – Logue*, 1996, s. 24
[46] Asia C-320/91*, Corbeau*, k. 12 ja 13.

muodostaa yksinoikeuden.[47] Tämän maantieteellisen alueen ei tarvitse kattaa koko valtakunnan aluetta, vaan pienempikin hallinnollinen alue riittää.[48]

Oikeutta voitaisiin pitää erityis- tai yksinoikeutena, jos se on jaettu pienelle ja tietylle määrälle yrityksiä. Tällainen oli tilanne asiassa *Ahmed Saeed* C-66/86, jossa yksinoikeus lentoreittien operointiin saattoi olla jaettu yhdelle tai kahdelle yritykselle.[49] Kyse on silloin reittikohtaisesti tehdystä ratkaisusta ja perimmältään maantieteellisen jaon logiikasta. Onko kysymys ylipäätänsä erityis- tai yksinoikeudesta sellaisessa tilanteessa, kun oikeus toiminnan harjoittamiseen on myönnetty kenelle tahansa tietyn ”luokan” sisällä? Tällä tarkoitetaan oikeuskäytännössä esimerkiksi sitä, että valtio myöntää maan kaikille tupakan valmistajille tai maahantuojille oikeuden myydä ennalta määrättyyn hintaan tupakkaa vähittäismyyntinä. Yhteisöjen tuomioistuin ei kuitenkaan antanut asiaan selvää vastausta.[50]

Komissio määritteli vuonna 1994 antamassaan päätelaitedirektiiviä täydentäneessä direktiivissä 94/46/EY uudelleen erityisoikeuksien käsitteen.[51] Erityisoikeudella tarkoitetaan oikeutta, jonka jäsenvaltio on myöntänyt rajoitetulle määrälle yrityksiä tietyllä alueella. Oikeus myönnetään lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä, jolla

– rajoitetaan niiden yritysten määrää, joilla on lupa tarjota palveluja tai harjoittaa toimintaa, kahteen tai useampaan, perustein, jotka *eivät ole puolueettomia, suhteellisia ja ketään syrjimättömiä* (kursivointi kirjoittajan), tai
– nimetään muilla kuin edellä mainituilla perusteilla useita kilpailevia yrityksiä yrityksiksi, joilla on lupa tarjota palveluja tai harjoittaa toimintaa, tai
– myönnetään yhdelle tai useammalle yritykselle muilla kuin edellä mainituilla perusteilla lainsäädännöllisiä tai hallinnollisia etuja, jotka vaikuttavat olennaisesti muiden yritysten kykyyn tarjota samoja telepalveluja tai harjoittaa toimintaa samalla alueella ja olennaisesti samoin edellytyksin.

Mikäli luvat on myönnetty sellaisilla arviointiperusteilla, joita kansallinen tuomioistuin pitää objektiivisina, oikeasuhtaisina ja syrjimättöminä, *eikä niillä rajoiteta niiden yritysten määrää*, jotka käyttävät verkkoja tai yleisiä telepalveluita, luvan myöntäminen ei tarkoita erityis- tai yksinoikeutta. Tämä ilmenee ennakkoratkaisusta *British Telecommunications* C-302/94.[52] Edellä todetun pe-

---

47 Vastaavasti *Alkio – Wik*, 2004, s. 719.
48 Asia C-30/87, *Bodson* (päätös numeroimaton). Kyse oli alueellisesti myönnetyistä yksinoikeuksista.
49 Asia C-66/86, *Ahmed Saeed,* k. 50.
50 Asia C-13/77, *ATAB,* k. 41.
51 EYVL, 1994 L 268, s. 15. Ks. myös *Alkio – Wik*, 2004, s. 722.
52 Asia C-302/94, *The Queen v. Secretary of State for Trade and Industry (British Telecommunications),* k. 39 ja 40.

rusteella voidaan todeta, että kun on kyse määräämättömästä lukumäärästä yrityksiä tietyn alan sisällä, jotka voivat saada läpinäkyvin, objektiivisin ja diskriminoimattomin ehdoin oikeuden, ei ole kyse erityis- eikä yksinoikeudesta.[53]

Yksinoikeus on laissa eräitä yrityksiä koskevasta taloudellisen toiminnan avoimuus- ja tiedonantovelvollisuudesta (19/2003) määritelty siten, että sillä tarkoitetaan julkisyhteisön yhdelle yritykselle lailla, asetuksella tai hallintopäätöksellä myöntämää oikeutta, joka antaa kyseiselle yritykselle oikeuden tiettyjen palvelujen tarjoamiseen tai tietyn toiminnan harjoittamiseen tietyllä maantieteellisellä alueella (1 §:n 2 momentin b kohta). Vastaavasti erityisoikeudella tarkoitetaan oikeuksia, joita julkisyhteisö myöntää rajoitetulle määrälle yrityksiä lailla, asetuksella tai hallintopäätöksillä (1 §:n 2 momentin c kohta).

Kansallinen lainsäädäntö on siten yhdenmukainen yhteisön edellä kuvatun oikeuskäytännön kanssa. Tässä tutkimuksessa erityis- tai yksinoikeus on esillä sellaisessa tilanteessa, jossa viranomainen harkitsee erityis- tai yksinoikeuden myöntämistä julkisen palvelutehtävän harjoittamiseen. Arvioinnissa näillä oikeuksilla on olennainen merkitys sikäli, että erityis- tai yksinoikeus vaikuttaa merkittävästi muiden yksikköjen mahdollisuuksiin harjoittaa vastaavaa toimintaa. Kummankin haltijalla on sama, konkreettisen tilanteen perusteella määräytyvä etu markkinoilla.[54]

3.2 YLEISHYÖDYLLINEN PALVELU PERUSTAMISSOPIMUKSEN 86(2) ARTIKLAN MUKAAN

Artiklan 86 kohta 2 sisältää poikkeuksen 1 kohdan pääsäännöstä ja antaa mahdollisuudet poikkeamiseen yhteisön perustamissopimuksen velvoitteista silloin, kun kyse on yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottavista yrityksistä.[55] Artiklan 2 kohta antaa periaatteessa mahdollisuuden vapautua koko perustamissopimuksen soveltamisesta.[56] Artiklan 2 kohdassa todetaan, että kyseisen tyyppiset yritykset ovat perustamissopimuksen ja varsinkin sen kilpailuoikeudellisten määräysten alaisia siltä osin, kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja tehtäviä. EY:n kilpailuoikeu-

---

[53] Näin *Blum – Logue*, 1996, s. 11. Vastaava periaate ilmenee myös ns. erityisalojen hankintadirektiivin 2004/17/EY johdanto-osan 25 kohdasta.

[54] Päätelaitedirektiivin 2 artiklan 3 kohdan määritelmän mukaan ”erityis- ja yksinoikeuksilla” tarkoitetaan oikeuksia, jotka jäsenvaltion toimivaltainen viranomainen on lain, asetuksen tai hallinnollisen määräyksen nojalla myöntänyt, ja joilla varataan 3–7 artiklassa määritellyn toiminnon harjoittaminen yhdelle tai useammalle yksikölle, mikä vaikuttaa merkittävästi muiden yksikköjen mahdollisuuksiin harjoittaa kyseistä toimintaa.

[55] Tästä myös *Joutsamo ym.*, 2000, s. 598.

[56] Ks. *Blum – Logue*, 1996, s. 17.

den yleisen tulkintatavan mukaan tätä poikkeusmahdollisuutta tulee tulkita suppeasti. Samanlaiseen tulkintaan velvoittaa myös kyseessä olevan kohdan viimeinen virke, jonka mukaan kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka on ristiriidassa yhteisön etujen kanssa.[57]

Espanjaa koskeneesta yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisusta C-463/00, jossa oli kyse valtionyhtiöiden yhtiöoikeudellisista järjestelyistä, joilla pyrittiin varmistamaan julkisen vallan omistus tai päätösvallan käyttö mainituissa yhtiöissä, tuli esiin 86 artiklan 2 kohdan idea. Päätöksen yhteydessä tuomioistuin vahvisti *Albany*-ennakkoratkaisun lausuman seuraavasti:

> Tätä päätelmää ei voi kyseenalaistaa myöskään se väite, jonka Espanjan hallitus esittää EY 86 artiklan 2 kohdan perusteella. Tämän osalta on todettava, että vaikka onkin totta, että tällä määräyksellä sitä yhdessä tämän artiklan 1 kohdan kanssa tulkittaessa pyritään sovittamaan yhteen jäsenvaltioiden intressi, joka koskee erityisesti julkisella sektorilla toimivien tiettyjen yritysten käyttämistä talous- ja sosiaalipolitiikan välineenä, ja yhteisön intressi, joka koskee kilpailusääntöjen noudattamista ja yhteismarkkinoiden yhtenäisyyden säilyttämistä, jäsenvaltion on kuitenkin esitettävä yksityiskohtaisesti ne syyt, joiden perusteella se katsoo, että jos riidanalaiset toimenpiteet poistettaisiin, yritys, jolle se on antanut yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä tehtäviä, ei voisi hoitaa näitä tehtäviä tyydyttävissä taloudellisissa olosuhteissa (viittaukset aikaisempiin ennakkoratkaisuihin poistettu).[58]

Ratkaisun mukaan, kun perustamissopimuksen 90 (nykyisin 86) artiklan 2 kohdassa sallitaan tietyin edellytyksin poikkeaminen perustamissopimuksen yleisistä säännöistä, kyseisellä määräyksellä pyritään sovittamaan yhteen yhtäältä jäsenvaltioiden intressi käyttää talous- tai sosiaalipolitiikan välineitä, tiettyjä erityisesti julkisella sektorilla toimivia yrityksiä, ja toisaalta Euroopan yhteisön intressi siihen, että kilpailusääntöjä noudatetaan ja yhteismarkkinoiden yhtenäisyys säilytetään.[59] Jäsenvaltioiden oikeus antaa julkisen palvelun velvoitteita talouden toimijoille ja varmistaa sääntöjen noudattaminen tunnustetaan epäsuorasti 86 artiklan 2 kohdassa.[60]

Yleishyödyllisten palvelujen määrittely on yhteisön piirissä parhaillaan tätä tutkimusta kirjoitettaessa meneillään, jolloin esillä ovat olleet myös sosiaali- ja terveyspalvelut. Komissio julkaisi jo vuonna 1996 tiedonannon yleishyödyllisistä palveluista, jossa pyrittiin määrittelemään myös eräät keskeiset termit.[61] Yleis-

---

[57] *Joutsamo ym.*, 2000, s. 592.
[58] Asia C-463/00, *komissio v. Espanja*, k. 82.
[59] Asia C-67/96 *Albany*, k. 103. Ks. myös *Hellsten*, 2004, s. 15.
[60] Valkoisessa kirjassa yleishyödyllisistä palveluista talouden toimijoilla tarkoitetaan lähtökohtaisesti sekä yksityisiä että julkisia yrityksiä. Ks. asiakirjan s. 5 ja 6.
[61] Komission tiedonanto yleishyödyllisistä palveluista (1996), EYVL, C 281, 26.09.1996.

hyödyllisiä palveluja käsiteltiin komission Eurooppa-neuvostolle vuonna 2001 antamassa raportissa.[62] Vuonna 2003 komissio julkaisi yleishyödyllisiä palveluja koskevan vihreän kirjan[63] ja laajan kuulemiskierroksen jälkeen vuonna 2004 valkoisen kirjan,[64] jossa palvelujen määrittelyä on täsmennetty.

Keväällä 2006 komissio julkaisi yhteisön Lissabonin ohjelman toimeenpanoon liittyvänä seurantatiedonannon yleishyödyllisistä palveluista Euroopan unionissa. Siinä komissio on täsmentänyt jäsenvaltioiden ja niissä olevien toimijoiden kanssa käymänsä mielipiteenvaihdon perusteella kantojaan. Komissio toteaa parlamentin ensimmäisen lukemisen 16.2.2006 jälkeen sulkeneen terveyspalvelut palveluista sisämarkkinoilla koskevan direktiiviehdotuksen soveltamisalan ulkopuolelle. Poissulkemisen seurauksena ei komission tiedonanto niitä enää käsittele. Komissio jätti ehdotuksessaan palveluista sisämarkkinoilla direktiivin soveltamisen ulkopuolelle myös ”sosiaalipalvelut, jotka liittyvät sosiaaliseen asuntotuotantoon, lastenhoitoon sekä perheiden ja tuen tarpeessa olevien henkilöiden tukemiseen”.[65]

Komission tiedonanto sisällyttää sosiaalipalvelut selvästikin perustamissopimuksen 16 artiklan tarkoittamiin yleistä etua koskeviin palveluihin. Tiedonanto jättää edelleenkin tulkinnanvaraiseksi sen, millaisia sosiaalipalveluja voidaan pitää 86 artiklan 2 kohdan mukaisina yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvinä palveluina. Vaikka terveyspalvelut ja eräät sosiaalipalvelut on jätetty direktiivin soveltamisen ulkopuolelle, ei se merkitse sitä, että perustamissopimusta ja sen 86 artiklaa ei voitaisi näihin palveluihin soveltaa.

3.3 YLEISIIN TALOUDELLISIIN TARKOITUKSIIN LIITTYVÄ PALVELU

Artiklan 86 soveltamisen kannalta keskeisin kysymys on, mitä sen 2 kohtaan sisältyvällä käsitteellä ”yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut” tarkoitetaan. Perustamissopimuksen 16 artiklassa käytetään jossain määrin 86 artiklan 2 kohdasta eroavaa termiä ”yleistä taloudellista etua koskevat palvelut”. Sisällöllisesti tällä ilmaisullisella erolla ei ainakaan toistaiseksi näytä olleen merkitystä. Artiklassa 16 korostetaan yleishyödyllisten palvelujen tärkeää asemaa unionin yhteisten arvojen joukossa ja niiden merkitystä sosiaalisen ja alueel-

---

[62] Komissio, Raportti Laekenin Eurooppa-neuvostolle, Yleishyödylliset palvelut, KOM (2001) 598.
[63] Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, KOM (2003) 270.
[64] Komissio, Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista, KOM (2004) 374.
[65] Komission tiedonanto, Yhteisön Lissabon-ohjelman täytäntöönpano: Yleishyödylliset sosiaalipalvelut Euroopan unionissa, 26.4.2006 KOM(2006) 177 lopullinen, s. 3.

lisen yhteenkuuluvuuden edistämisessä sekä jäsenvaltioille niiden osalta kuuluvaa määrittelyvaltaa. Ei ole selvää, millainen vaikutus 16 artiklalla tulee olemaan. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö koskee konkreettisesti vain 86 artiklan soveltamista.

Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen käsitettä ei ole perustamissopimuksessa tai yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä yksiselitteisesti määritelty. Vaikka joissakin kansallisissa lainsäädännöissä käytetään käsitettä ”peruspalvelu” tai ”taloudellinen julkinen palvelu” taikka ”julkinen palvelu, jolla on teollinen tai taloudellinen luonne”, on kyseinen käsite ilmeisestikin laajempi.

Komissio julkaisi jo vuonna 1996 tiedonannon yleishyödyllisistä palveluista, missä se määritteli myös eräät keskeiset termit.[66] Komission yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella määrittelemässä terminologiassa yleishyödyllinen palvelu on kattokäsite, jonka puitteissa erotetaan palvelun piirteistä johtuen muut käsitteet. Yleishyödylliset palvelut ovat palveluja, joista viranomaisten mielestä on etua kaikille ja joille on sen vuoksi asetettu erityiset julkisen palvelun velvoitteet. Julkisella palvelulla on komission mukaan kaksi merkitystä: se tarkoittaa sekä palveluja tarjoavia elimiä että niiden tarjoamia yleishyödyllisiä palveluja. Viranomaiset voivat edistää yleishyödyllistä toimintaa tai antaa mahdollisuuden sellaiseen määräämällä julkisen palvelun velvoitteen palvelun tarjoajalle, esimerkiksi lento-, maa- ja rautatiekuljetusten tai energiantuotannon harjoittajille. Velvoite voi koskea palvelujen tarjoamista joko maanlaajuisesti tai alueellisesti. Julkiset palvelut sekoitetaan usein virheellisesti julkiseen sektoriin (julkishallinto mukaan lukien); toisin sanoen tehtävät sekoitetaan asemaan ja kohderyhmä omistajaan.[67]

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on esimerkiksi yritykselle annettua tehtävää tarjota hautauspalveluja (*Bodson* C-30/87) pidetty yleisiin talou-

---

[66] Yhteisön lainsäädäntö ei täsmennä yleishyödyllinen-termiä. Terminä se esiintyy kuudennen arvonlisäverodirektiivin 77/388/ETY 13 artiklassa. Jäsenvaltioiden on artiklan mukaan vapautettava verosta mm. sosiaalihuoltoon tai sosiaaliturvaan läheisesti liittyvät palvelujen suoritukset tai tavaroiden luovutukset, mukaan lukien vanhainkotien, julkisoikeudellisten laitosten tai muiden kyseisen jäsenvaltion luonteeltaan yhteiskunnallisiksi tunnustamien laitosten palvelujen suoritukset tai tavaroiden luovutukset.

[67] Komission tiedonanto yleishyödyllisistä palveluista (1996), EYVL, C 281, 26.09.1996, s. 3. Komission tiedonannossa on määritelty julkisen palvelun lisäksi seuraavat termit:

Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvillä palveluilla tarkoitetaan kaupallisia palveluja, joista on yleistä taloudellista hyötyä ja joille jäsenvaltiot ovat sen vuoksi asettaneet julkisen palvelun velvoitteet (Euroopan yhteisön perustamissopimuksen 86 artikla, entinen 90 artikla). Tällaisia palveluja ovat erityisesti liikenne-, energia- ja viestintäalan palvelut.

Yleispalvelujen käsite on EU:n toimielimien kehittämä. Se liittyy yleistä etua koskeviin vaatimuksiin, jotka mm. viestintä- ja postipalvelujen on täytettävä koko yhteisössä. Tavoitteena on varmistaa, että laadultaan tyydyttäviä vähimmäispalveluja voidaan saada kaikkialla kohtuuhintaan.

dellisiin tarkoituksiin liittyvänä palveluna.[68] Laajentumisen on havainnut myös *Hellsten* siten, että 86 artiklan 2 kohdan mukainen ”yleinen taloudellinen etu” on leventynyt vuosien mittaan, vieläpä yli sanamuodon tavanomaisten rajojen. Tämä on erityisen silmiinpistävää, koska kyseessä on poikkeussäännös.[69]

Yhteisön perustamissopimuksen ja erityisesti sen kilpailua ja sisämarkkinoita koskevien sääntöjen noudattamisen kannalta on tarpeen tehdä rajaus palveluihin, jotka eivät ole luonteeltaan taloudellisia. Perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohtaa sovelletaan yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviin palveluihin, joita ovat esimerkiksi energia ja viestintä. Artikla ei sen sijaan koske voittoa tavoittelemattomia palveluja ja yhteiskunnan määrätehtäviä. Voittoa tavoittelemattomia palveluja ovat esimerkiksi oppivelvollisuuden mukainen koulutus. Nämä eivät ole yleensäkään taloudellista toimintaa, joihin sovellettaisiin yhteisön perustamissopimuksen määräyksiä (ks. osa IV, luku 4.3).[70] Edellä todettu tarkoittaa, ettei kilpailu- ja sisämarkkinasääntöjä sovelleta asioihin, jotka ovat perimmältään yhteiskunnan määrätehtäviä, kuten sisäinen ja ulkoinen turvallisuus, oikeushallinto, ulkosuhteet ja muu virallisen toimivallan käyttö.[71]

Tässä yhteydessä käytettävää ilmaisua ”voittoa tavoittelematon” ei tule ymmärtää siten, että artiklan tarkoittamien kilpailu- ja julkisia tukia koskevien sääntöjen soveltamisen ulkopuolelle jäisi automaattisesti toiminta, joka on luonteeltaan markkinaehtoista mutta joka ei tavoittele voittoa. Voiton tavoittelemattomuus ei sulje toimintaa perustamissopimuksen soveltamisalasta, jos toiminta on muutoin luonteeltaan taloudellista (ks. erityisesti edellä IV, luku 4.3.1). Viranomaisen itsensä viranomaisominaisuudessa tuottamaan palveluun, joka tapahtuu yleensä ilman voiton tavoittelua, ei sovelleta perustamissopimuksen määräyksiä. Mikäli viranomainen tuottaa palveluja markkinaehtoisesti, sisämarkkina- ja kilpailusäännöt tulevat pääsäännön mukaan sovellettaviksi.

Artiklan 86 kohdan 2 mukaiset yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut ovat lähtökohtaisesti markkinaehtoisia, sisällöltään taloudellisia palve-

---

[68] *Blum – Logue*, 1996, s. 21 ss.

[69] *Hellsten*, 2004, s. 16 ss. Sosiaalisena tekijänä Hellsten näyttää pitävän sitä, että palvelut tuotetaan kaikille universaaliperiaatteella kohtuulliseen hintaan. Hellsten perustaa yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön analyysinsä ratkaisuihin C-157/94, *komissio v. Alankomaat*, k. 43, C-67/96 *Albany*, k. 103 ja C-463/00, *komissio v. Espanja*, k. 82.

[70] Ks. Komission tiedonanto, Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000), s. 12. Komissio on käyttänyt määrätehtävä-termiä, jota ei käytetä sellaisenaan suomalaisessa terminologiassa. Komission esimerkkien mukaan kysymys on sellaisista viranomaistehtävistä, jotka viranomainen itse suorittaa eikä missään olosuhteissa hanki niitä ostopalveluina yrityksiltä.

[71] Asia C-309/99, *Wouters*, k. 57. Erityisesti kohdassa viitataan vastaavasti yleisen sosiaaliturvajärjestelmän hoitamista koskeviin yhdistettyihin asioihin C-159/91 ja C-160/91, *Poucet & Pistre*, 18 ja 19 kohta; ja ilmatilan valvontaa ja ohjausta koskevaan asiaan C-364/92, *SAT Fluggesellschaft*, s. I-43, 30 kohta; sekä saastumisen estämisen valvontaa meriympäristössä koskevaan asiaan C-343/95, *Calì & Figli*, 22 ja 23 kohta.

luja. Ne eroavat perustamissopimuksen tarkoittamista 50 artiklan tarkoittamista ”tavallisista” palveluista siten, että viranomaiset katsovat niitä tarvittavan, vaikka markkinoilla ei ole riittävästi kannusteita palvelujen tarjoamiseen. Jos viranomaiset kuitenkin katsovat, että jotkut palvelut ovat yleishyödyllisiä ja markkinavoimat eivät tarjoa niitä tyydyttävästi, voivat ne päättää, että julkisen palvelun velvoitetta sovelletaan nämä tarpeet tyydyttävään palvelujen tarjontaan. Tähän liittyen voidaan komission tiedonannon mukaan myöntää tarvittaessa erityis- ja yksinoikeuksia.[72] Markkinat eivät muutoin tuottaisi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja viranomaisten määrittelemillä ehdoilla. Syynä siihen voivat olla vaikkapa, että

i) ihmiset tai markkinat eivät osaa antaa riittävää arvoa vasta myöhemmin saatavalle hyödylle (esimerkkialana koulutus),
ii) yhteiskunta haluaa tukea niin sanottuja meriitti- ja klubihyödykkeiden tuotantoa ja käyttöä (esim. museot) tai
iii) yhteiskunta pyrkii varmistamaan, että kaikki kansalaiset köyhimpiä myöten voivat käyttää tiettyjä riittävän laadukkaita palveluja (esim. postipalvelut).

Silloin voidaan tarvita julkisen sektorin toimia.[73] Yhteisöjen tuomioistuin on edellä jo todetun lisäksi katsonut seuraavat toiminnot yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi, jotka voitiin uskoa tietyille yrityksille:[74] TV-lähetystoiminta,[75] lentoyhtiön tiettyjen lentoreittien hoito,[76] telekommunikaatiopalvelun tuottaminen, ja erityisesti[77] julkisen televerkon ylläpitäminen,[78] työvälitystoimiston toiminta,[79] postipalvelujen tuottaminen,[80] sähkönjakelu,[81] ja jätteistä huolehtiminen.[82] Lisäksi aivan viimeaikaisimpia ennakkoratkaisuja on ollut valtakunnallinen lääkkeiden jakelu.[83] Tuomioistuin on pitänyt mahdollisena, että velvollisuus varmistaa valtion tärkeimmän vesiväylän purjehduskelpoisuus voisi

---

72 Komission tiedonanto, Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000), s. 4.
73 KOM(2001) 598 lopullinen, Raportti Laekenin Eurooppa-neuvostolle, Yleishyödylliset palvelut, s. 3.
74 Ks. *Blum – Logue*, 1996, s. 23.
75 Asia C-155/73, *Sacchi.*
76 Asia C-66/86, *Ahmed Saeed.*
77 Asia C-320/91, *Corbeau*.
78 Asia C-18/88, *RTT.*
79 Asia C-41/90, *Höfner ja Elser.*
80 Asia C-320/91, *Corbeau.*
81 Asia C-393/92, *Almelo.*
82 Asia C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*.
83 Asia C-53/00, *Ferring SA*.

olla myös yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu,[84] ja komissio on pitänyt sellaisena veden jakelua.[85]

Komissio on pyrkinyt selventämään 86 artiklan 2 kohdan yleishyödyllisen palvelun käsitettä vuodelta 2001 olevassa vihreässä kirjassa yleishyödyllisistä palveluista. Sen mukaan termillä tarkoitetaan *taloudellisia palveluja* (”markkinapalveluja”), jotka täyttävät yleisen edun mukaisia tehtäviä ja joille jäsenvaltiot asettavat tästä syystä erityisiä *julkisen palvelun* velvoitteita. Komission mukaan yhteisön käytännössä termillä tarkoitetaan luonteeltaan taloudellisia palveluja, joille jäsenvaltiot tai yhteisö ovat asettaneet erityisiä julkisen palvelun velvoitteita yleisen edun perusteella.[86]

Komissio on luetellut tekijöitä, joita voidaan käyttää käyttökelpoisen yhteisön käsitteen määrittelemiseksi yleisen taloudellisen edun mukaisille palveluille. Näitä ovat erityisesti seuraavat: yleispalvelu, jatkuvuus, palvelun laatu, kohtuuhintaisuus sekä käyttäjien ja kuluttajien suoja. Nämä yhteiset tekijät osoittavat komission mukaan yhteisön arvot ja tavoitteet. Ne on siirretty velvoitteiksi sovellettavaan lainsäädäntöön, ja niiden tavoitteena on varmistaa sellaisten päämäärien saavuttaminen, kuten taloudellinen tehokkuus, sosiaalinen ja alueellinen yhteenkuuluvuus sekä turvallisuuden takaaminen kaikille kansalaisille.[87]

Komission ja tuomioistuimen on tulkittu toimivan nyt siten, että sanonta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu (”*services of general economic interest*”) merkitsisi samaa kuin yleiseen intressiin liittyvä taloudellinen palvelu (”*economic services of general interest*”). Perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohtaa katsotaan voitavan soveltaa yleisen intressin mukaiseen palveluun – jollainen selvästikin sisältyy hyvinvointipalveluihin – kun palvelu tarjotaan taloudellisen toiminnan piirteet täyttävällä tavalla. Artiklan alkuperäinen tarkoitus palvelun tärkeydestä yleisen taloudellisen merkityksen kannalta ei ole enää rajaava.[88] Ennakkoratkaisukäytännön perusteella edellä esitetty johtopäätös on oikea.

3.4 JULKISEN PALVELUN VELVOITTEEN ANTAMINEN

Artiklan 86 kohdan 2 lähtökohtana on edellä todetun mukaisesti jäsenvaltion oikeus määritellä, mitkä palvelut kuuluvat artiklan tarkoittamiin palveluihin sekä

---

[84] Asia C-10/71, *Müller.*
[85] Komission päätös *Anseau Navewa* EYVL, 1982 L 167, s. 39.
[86] Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 7.
[87] Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista s. 15. Ks. myös *Blum – Logue*, 1996, s. 23.
[88] Ks. *Davies*, 2006a, s. 37 ss.

millä perusteella niiden rahoitus järjestetään. Jäsenvaltiolla on myös 295 artiklan perusteella oikeus päättää, järjestääkö se tällaiset palvelut ns. viranomaispalveluina eli viranomaisorganisaation tuottamana vai markkinaehtoisesti.[89]

Palveludirektiivin 1 artiklan 2 kohdan mukaan direktiivi ei käsittele sellaisia määräyksiä, jotka vapauttaisivat julkisille tai yksityisille tahoille jo varatut yleistä taloudellista etua koskevat palvelut. Säännöksen mukaan direktiivi ei myöskään edellytä palveluja tarjoavien tahojen yksityistämistä. Direktiivikään ei 1 artiklan 3 kohdan mukaan vaikuta jäsenvaltion vapauteen yhteisön oikeuden mukaisesti määritellä, mitä palveluja ne pitävät yleistä taloudellista etua koskevina palveluina, miten nämä palvelut olisi järjestettävä ja rahoitettava valtiontukisääntöjen mukaisesti ja mitä erityisiä velvoitteita niihin olisi sovellettava.[90]

Julkisen tehtävän antaminen liittyy termiin ”toimenpide”, mikä sisältyy 86 artiklan 1 kohtaan. Siinä kielletään jäsenvaltioita toteuttamasta tai pitämästä voimassa toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia, joka on ristiriidassa perustamissopimuksen, etenkin sen diskriminointikiellon tai kilpailusääntöjen kanssa. Julkisen tehtävän hoitaminen ei välttämättä edellytä yksinoikeutta, sillä se voidaan liittää kaikkien toimijoiden tehtäväksi. Jo esillä olleessa asiassa *Corbeau* C-320/91, yhteisöjen tuomioistuin muodosti ensimmäisen kerran selvän linkin 86 artiklan 1 ja 2 kohdan välille. Se määritteli, että yksinoikeuden myöntäminen yritykselle muodostaa artiklan 1 kohdan tarkoittaman ”toimenpiteen”. Tuomioistuin totesi nyt ensimmäisen kerran selvästi, miten toimenpiteen soveltuvuus perustamissopimuksen määräysten kanssa tulee arvioida; se tuli tehdä 86 artiklan 2 kohdan valossa.[91]

Artikla 86 ei itsessään sisällä määrittelyä siitä, millä toimenpiteellä erityisoikeuden tai yksinoikeuden myöntäminen voidaan tehdä. Yhteisön oikeuden näkökulmasta julkisen palvelun tehtävän myöntämisellä tarkoitetaan mitä tahansa oikeudellisesti sitovaa tointa, jolla toimivaltainen viranomainen antaa julkisen palvelun erityistehtävän yhden tai usean toimijan hoidettavaksi.[92] Toimenpide perustuu siten muodoltaan kansallisen oikeusjärjestyksen vaatimuksiin. Asiakirja, joka voi olla säädös, määräys tai hallinnollinen päätös, antaa julkiselle yrityk-

---

[89] Asia T-106/95, *FFSA ym. v. komissio*, k. 192. Tuomion mukaan komissiolla ”ei yhteisön asiaa koskevan lainsäädännön puuttuessa ole toimivaltaa päättää – – julkisen palvelutehtävän järjestämisestä ja laajuudesta, eikä kansallisten viranomaisten tässä suhteessa tekemien poliittisten valintojen sopivuudesta [kuitenkin sillä varauksella, että kyseisen tuen myöntämisellä ei hyödynnetä kaupallisilla aloilla harjoitettuja toimintoja ja että maksettu tuki ei ole suurempi kuin on tarpeen kyseiselle yritykselle kuuluvien erityistehtävien hoitamisen turvaamiseksi.” Kyse oli siis julkisista tuista]. Näin myös *Blum – Logue*, 1996, s. 153.

[90] Ks. Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, KOM(2003) 270 lopullinen, s. 35 (Liite).

[91] Ks. *Blum – Logue,* 1996, s. 19 ja 21 sekä asia C-320/91, *Corbeau*, k. 13 ja 14.

[92] Komissio, Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista s. 7. Samoin *Blum – Logue*, 1996, s. 12.

selle tai yritykselle, jolle jäsenvaltio on myöntänyt erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia, velvoitteen tai yksinkertaisesti kehottaa toimimaan tietyllä tavalla. Jäsenvaltion tulee tarvittaessa näyttää toteen, että 86 artiklan 2 kohdan mukainen tehtäväksi anto on tapahtunut.[93]

Tehtäväksi anto voi tapahtua myös toimiluvan perusteella. Tämä ilmeni yhteisöjen tuomioistuimen Ranskaa koskeneesta ennakkoratkaisusta C-159/94.[94] Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Altmark Trans* C-280/00 näkökulmana oli julkisen tuen mahdollisuus liikenteeseen liittyvän julkisen palvelutehtävän yhteydessä. Myös tässä tapauksessa julkisen palvelun tehtävä perustui lainsäädännön määrittelemään toimilupaan. Tuomioistuin edellytti, että julkisen palvelun velvoitteet on määriteltävä selvästi, mutta julkisen tehtävän antamistapaan ei sinällään päätöksessä otettu kantaa, ja tarve selvään määrittelyyn johtui tarpeesta erottaa julkisen tuen määrä ja kohdistuminen.[95] Kyseisen tapauksen oli kysymys rahoituksen lainmukaisuudesta.[96]

3.5 JULKISEN PALVELUN VELVOITTEEN RAHOITUS

Julkisen tehtävän osalta joudutaan ratkaisemaan kysymys siitä, onko tehtävän suorittamiseksi valtion antama rahoitus julkista tukea. Tätä tutkimusta tehtäessä toistaiseksi merkittävimmät ovat yhteisöjen tuomioistuimen *Ferring SA* C-53/00- ja *Altmark* C-280/00 -tapauksissa rahoitukselle asettamat ehdot.

Ennakkoratkaisussa *Ferring SA* C-53/00 oli kyse lääkkeiden valtakunnallisesta jakelusta, josta huolehtiminen oli annettu tukkukauppiasjakelijoiden tehtäväksi. Nämä saivat korvauksena tehtävän suorittamisesta vapautuksen lääkkeiden suoramyyntiverosta, jonka lääketehtaat joutuivat maksamaan.

Jos ilmenee, että etu on suurempi kuin ne lisäkustannukset, jotka aiheutuivat lääketehtaille kansallisessa lainsäädännössä asetettujen yhteiskunnallisten velvollisuuksien täyttämisestä, 90 (nykyisin 86) artiklan 2 kohtaa ei voida soveltaa. Toisin sanoen todelliset kustannukset ylittävää etua ei voida pitää yh-

---

93 Asia C-127/73, *SABAM*, k. 1, 22 ja 23.

94 Tuomioistuin totesi ennakkoratkaisussa, että yritys voi tuottaa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja julkisen vallan myöntämän toimiluvan perusteella. Ei vaadita, että kyse olisi laista tai asetuksesta. Ks. asia C-159/94, *komissio v. Ranska*, k. 66.

95 Asia C-280/00, *Altmark Trans*, k. 89.

96 Komissio katsoi Ranskaa koskevassa päätöksessään *Altmark*-kriteerien täyttyvän. Kysymyksessä oli kaikille avoimen laajakaistainfrastruktuurin rakentamisen julkisesta rahoituksesta. Julkinen rahoitus oli korvaus julkisen palvelun tehtävän rahoitusta (SGEI). Ks. *Anestis – Mavroghenis – Psaraki*, 2007, s. 44.

teismarkkinoille soveltuvana.[97] Tuomioistuin nojautui jo tässä ratkaisussa yleishyödyllisiä palveluja koskevaan 86 artiklan 2 kohtaan.[98]

Ennakkoratkaisussa *Altmark* C-280/00 yhteisöjen tuomioistuin meni rahoitusehtojen määrittelyssä edellä todettua ratkaisua yksityiskohtaisemmalle tasolle. Tuomioistuin määritteli edellytykset, joiden toteutuessa julkisen palvelutehtävän toteuttamiseksi myönnettyä rahoitusta ei pidetä perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan tarkoittamana julkisena tukena. Mikäli edellytykset täyttyvät, julkisen palvelun tehtävän hoitamiseksi annettu rahoitus ei ole 87 artiklan tarkoittamaa julkista tukea, eikä siihen myöskään sovelleta 88 artiklaa.

Jäsenvaltiolla ei ole toisin sanonen oikeutta poiketa *Altmark*-ennakkoratkaisussa määritellyistä kriteereistä ilman, että syntyy velvollisuus suunnitellun tukijärjestelmän 88 artiklan mukaiseen notifikaatioon. Edellytykset, joiden toteutuessa tuki ei ole perustamissopimuksen 87 artiklan tarkoittamaa valtiontukea, tuomioistuin määritteli seuraavasti:[99]

1) Edunsaajayrityksen tehtäväksi on tosiasiassa annettava julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on määriteltävä selvästi.
2) Parametrit, joiden perusteella korvaus lasketaan, on etukäteen vahvistettava objektiivisesti ja läpinäkyvästi, jotta vältettäisiin sellaisen taloudellisen edun sisältyminen korvaukseen, joka olisi omiaan suosimaan edunsaajayritystä suhteessa sen kilpailijayrityksiin. Perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun valtiontuen käsitteen alaan kuuluu myös rahoituksellinen toimenpide, jolla jäsenvaltio korvaa yrityksen kärsimiä tappioita ilman, että tällaisen korvauksen parametrit on vahvistettu etukäteen, silloin kun jälkikäteen ilmenee, että tiettyjen palvelujen toteuttaminen julkisen palvelun velvoitteiden täytäntöön panemiseksi ei ole ollut taloudellisesti kannattavaa.
3) Korvaus ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen, jotta voidaan kattaa kaikki ne kustannukset tai osa niistä kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen aiheuttaa, kun otetaan huomioon kyseisestä toiminnasta saadut tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämisestä saatava kohtuullinen voitto.
4) Silloin, kun julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisestä vastaavaa yritystä ei tietyssä konkreettisessa tapauksessa valita sellaisessa julkisia hankintoja koskevassa menettelyssä, jossa on mahdollista valita se ehdokas, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmin kustannuksin, tarvittavan korvauksen taso on määritettä-

---

[97] Asia C-53/00, *Ferring SA*, k. 32 ja 33. Kyseisessä tapauksessa ei ollut vielä yksityiskohtaista ohjausta korvauksen maksamisen perusteista, kuten myöhemmässä *Altmark Trans* C-280/00 -tapauksessa.

[98] Ks. lisäksi Komission tiedonanto, Yleishyödylliset palvelut Euroopassa (2000), s. 12. Ks. myös asia T-106/95, *FFSA*, k. 64, 65 ja 72 ja asia T-46/97, *SIC*, k. 96 ja 108. Päätökset koskivat postilaitosta ja televisiotoimintaa.

[99] Asia C-280/00, *Altmark Trans,* k . 95.

> vä tarkastelemalla sellaisia kustannuksia, joita hyvin johdetulle ja asetettujen julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisen kannalta riittävillä kuljetusvälineillä varustetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi kyseisten velvoitteiden täyttämisestä, kun otetaan huomioon toiminnasta saadut tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämisestä saatava kohtuullinen voitto.

Komissio on antanut *Altmark*-ratkaisun seurauksena päätöksen EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen. Päätöksessä täsmennetään ehtoja, joiden toteutuessa julkisia tukia koskevat määräykset eivät tule sovellettaviksi.[100] Päätös on linjassa 87 artiklan 1 kohdan julkisen tuen kiellon kanssa sikäli, että kun tuki ei muodosta saajalle taloudellista ylikompensaatiota, vaan ainoastaan välttämättömän korvauksen, se ei ole kielletty tuki. Tämän tuomioistuin totesi ratkaisussaan nimenomaisesti.[101]

Altmark-testin ei ole katsottu olevan toimiva ilman, että sen lisäksi käytetään 86 artiklan 2 kohdan sisältämää suhteellisuustestiä. Kun 87 artiklan 1 kohdan mukaisen valtiontuen ehtojen täyttymistä arvioidaan tuen jäsenvaltioiden kauppaan kohdistuvien vaikutusten perusteella, tulee 86 artiklan 2 kohdassa rahoituksen hyväksyttävyys arvioida pitäen silmällä säännöksessä tarkoitetun toimenpiteen tarkoitusta. *Altmark*-testi ei tarjoa myöskään mahdollisuutta tasapainottaa palvelun tarjoajan ja kilpailijoiden välisiä intressejä. Tämän näkökohdan huomioon ottaminen on tarpeellista silloin, kun julkisen palvelun tehtävä annetaan jollekin tai joillekin palvelun tuottajista, mutta samalla vastaavia palveluja tuottavat myös kilpailijat.

Komissio antoi 86 artiklan 3 kohdan perusteella 28 päivänä marraskuuta 2005 komission päätöksen 86 artiklan 2 kohdan soveltamisesta julkisen palvelutehtävän rahoitukseen. Päätöksen johdanto-osan 14 kohdan mukaan, jos korvaukset myönnetään taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta vastaaville yrityksille ja jos päätöksessä säädettyjä raja-arvoja noudatetaan, komissio katsoo, ettei kaupan kehitykseen vaikuteta tavalla, joka olisi ristiriidassa yhteisön etujen kanssa.[102]

---

[100] Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

[101] Asia C-280/00, *Altmark Trans,* k. 95.

[102] Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen, johdanto-osan k. 14.

Komissio näyttäisi hyväksyvän 86 artiklan 2 kohdan mukaisen suhteellisuustestin käytön lisä- ja toisen tason testinä, mutta vain silloin, kun vaakalaudalla on tarjoajan intressi. Tämä johtuu komission tavoitteesta varmistaa artiklan 86 sisältämän julkisen palvelun tehtävän edellytykset. Intressien tasapainottaminen liittyy tehtävästä maksettavan korvauksen määrään, jonka tulee läpäistä suhteellisuustesti, jottei korvausta pidettäisi kiellettynä valtiontukena. Kilpailijoiden intressin kannalta on tärkeää, ettei tehtävästä palvelun tuottajalle maksettavaa korvausta maksettaessa kohtuullista voittoa määritellä suhteettoman korkeaksi. Mikäli kohtuullista voittoa määriteltäessä suhteellisuustestiä ei sovelleta tiukasti, julkisen tehtävän saanut palvelun tarjoaja saa kilpailijoihin nähden perusteettoman edullisen aseman.[103]

3.6 VÄLTTÄMÄTTÖMYYSTESTI JA VAIKUTUS KAUPAN KEHITYKSEEN

Perustamissopimuksen 86 artiklaan perustuvaa julkisen palvelutehtävän antamista ja siihen liittyvää erityis- tai yksinoikeuden antamisen mahdollisuutta on arvioitava yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisen *suhteellisuus-* ja *välttämättömyystestin* perusteella.[104] Toimenpiteen välttämättömyyden edellytykset ilmaistaan 86 artiklan 2 kohdassa siten, että yrityksiin, jotka tuottavat yleishyödyllisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja ”– – *sovelletaan tämän sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä*”.

Välttämättömyystesti tarkoittaa tämän tutkimuksen metodiosassa (ks. osa I, luku 5.4) muodostetun suhteellisuusperiaatteeseen perustuvan tulkintamallin soveltamista. Malli muodostettiin osaltaan perustamissopimuksen sijoittautumisoikeutta koskevan 43 artiklan ja palvelujen tarjonnan vapautta koskevan 49 artiklan sekä toisaalta mainittujen vapausoikeuksien rajoittamismahdollisuudet sisältävän 46 artiklan perusteella. Artiklan 86 kohdan 2 mukaan perustamissopimuksesta voidaan poiketa, jos valtio on uskonut tietyn tehtävän hoitamisen yrityksen vastuulle, toimeksianto koskee yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvää palvelua ja jos lisäksi poikkeus on *tarkoituksenmukainen* ja *välttämätön* toimeksi annetun tehtävän suorittamiselle, ja se on asetettuun tavoitteeseen nähden *oikeassa suhteessa*. Kysymys 86 artiklan 2 kohdassa on siis vastakkaisten tavoit-

---

[103] Ks. *Draganic*, 2006, yksityiskohtainen analyysi valtion tuesta tai ylimääräisistä kustannuksista yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön ja komission tulkintakäytännön perusteella.
[104] Ks. esimerkiksi *Blum – Logue*, 1996, s. 29 ss.

teiden keskinäisestä punninnasta. Artiklan määräys koskee erityissäännöksenä valtioon läheisessä suhteessa olevia yrityksiä, joiden tehtävänä on kyseisten yleishyödyllisten palvelujen tuottaminen.

Yhteisöjen tuomioistuimen totesi varhaisessa ennakkoratkaisussaan *Sacchi* C-155/73, ettei mikään perustamissopimuksessa estä jäsenvaltioita yleiseen etuun perustuvien *muiden kuin taloudellisten syiden vuoksi* pitämästä televisiolähetyksiä, kaapelilähetykset mukaan lukien, kilpailun ulkopuolella myöntämällä niiden lähettämistä koskeva yksinoikeus yhdelle tai useammalle yritykselle.[105] Yksinoikeuden antaminen olisi kuitenkin saattanut sellaisenaan rikkoa määräävän markkina-aseman väärinkäytön kieltoa. Perustamissopimuksen määräysten rikkominen ei edellä mainitussa tapauksessa johtunut monopolin olemassaolosta, vaan sen käyttämistavasta, toisin sanoen siitä, miten monopoliyritykset käyttäytyivät kolmansia osapuolia kohtaan.[106] Tämä oli tuomioistuimen alkuperäinen tulkinta.

Tuomioistuimen *Sacchi*-ennakkoratkaisussa tekemän tulkinnan mukaan ne tilanteet olivat harvinaisia, joissa yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvistä palveluista huolehtivat yritykset saattoivat nojautua 86 artiklan poikkeussääntöön. Perustamissopimuksen rikkominen oli sallittua, jos näiden yritysten muutoin oli, ei ainoastaan vaikeaa, vaan täysin mahdotonta suoriutua niille asetetuista erityistehtävistä. Artiklan 86 kohdan 2 poikkeus ei ollut tarkoitettu perusteeksi, joka oikeutti monopolin olemassaolon, vaan tietyin edellytyksin oikeutti monopolin kilpailusääntöjen vastaisen toiminnan.[107]

Kiellettyä kilpailusääntöjen vastaista käyttäytymistä on 82 artiklan mukaan yrityksen määräävän markkina-aseman väärinkäyttö. Jotta valtion toimenpiteet rikkoisivat 82 artiklaa 86 artiklan perusteella, on yrityksellä, jolle valtio myöntää erityis- tai yksinoikeuden, oltava määräävä markkina-asema kilpailuoikeudellisesti määritellyillä relevanteilla markkinoilla, jotka voidaan katsoa yhteismark-

---

[105] Asia C-155/73, *Sacchi,* k. 14–16.

[106] Yksinoikeus perustuu puhtaasti juridisiin tekijöihin, kun taas määräävän markkina-aseman tai monopolin olemassaoloa arvioidaan taloudellisten kriteereiden nojalla. Ks. tästä *Alkio – Wik*, 2004, s. 724.

[107] Ks. *Blum – Logue*, 1996, s. 18–20.

Komission jo vuodelta 1982 oleva päätös sisälsi periaatteen, jonka mukaan kilpailusääntöjen rajoittaminen voi olla oikeutettua vain niissä tapauksissa, joissa kyseisillä yrityksillä ei ole teknisesti tai taloudellisesti ajateltavissa olevia keinoja suoriutua niille määrätyistä tehtävistään. Tässä tapauksessa oli kyse komission 17.12.1981 antamasta 85 (nykyisin 81) artiklaa koskevasta päätöksestä 82/371/ETY, EYVL, 1982 L 167, s. 39. Päätöksessä oli kyse sopimuksesta, jolla pesu- ja astianpesukoneille myönnettiin hyväksyntämerkki, jolla tehtiin Belgian markkinoille tarkoitetuille mainituille koneille sertifiointi pakolliseksi. Sertifiointimerkillä oli tarkoitus varmistaa, että laitteet täyttivät vesilaitosten yleiset turvallisuusvaatimukset, jotta vältettäisiin julkisesti toimitetun veden saastuminen.

kinoiden merkittäväksi osaksi. Artiklan 86 tarkoittaman toimenpiteen seurauksena

a) yritys joutuu väistämättä toimimaan siten, että se väärinkäyttää määräävää markkina-asemaansa, tai
b) yritys tulee potentiaalisesti väärinkäyttämään määräävää markkina-asemaansa, tai
c) syntyy väärinkäyttöön verrattavissa olevia vaikutuksia.

Edellä kuvattu on tiivistettävissä siten, että ”kielletyt toimenpiteet” saattavat muodostua toimenpiteistä, jotka ilmenevät valtion toimintaan liittyvien yritysten eli julkisten yritysten tai yritysten, joille jäsenvaltiot ovat myöntäneet erityis- tai yksinoikeuksia, ja kolmannen osapuolen välisissä suhteissa. Näihin kuuluu esimerkiksi tilanne, jossa lailla tai viranomaisen päätöksellä yrityksen, jolla on erityis- tai yksinoikeus, edellytetään määräävän kohtuuttomia maksuja tai sopimusehtoja asiakkaille, tai sallitaan harjoittaa alihankkijoiden diskriminointia.[108] Merkittäviin toimenpiteisiin kuuluu myös se, että valtion toimenpide aikaansaa tilanteen, joka aiheuttaa markkinoille tulon esteen vain uudelle tulijalle, jolloin se antaa julkiselle yritykselle tulijaan nähden edullisemman aseman.[109]

Määräävän markkina-aseman muodostaminen 86 artiklan tarkoituksessa voi siten eräissä tapauksissa itsessään olla kielletty valtion toimenpide. Valtion toimi, esimerkiksi lainsäädäntö, voi sitoa yritystä siten, ettei siitä ole mahdollista poiketa, jolloin vain valtio voi olla vahingonkorvausvelvollinen 86 tai 82 artiklojen rikkomisesta. Jos sen sijaan valtion toimi on luonteeltaan ei-sitova, on mahdollista, että yrityksen katsotaan syyllistyneen ”autonomiseen” määräävän markkina-aseman väärinkäyttöön, ja yritys itse saattaa joutua tässä tapauksessa vahingonkorvausvelvolliseksi. Näissä tapauksissa on lisäksi mahdollista, että jäsenvaltion katsotaan rikkoneen 86 ja 82 artikloja.[110]

Ennakkoratkaisussaan *Bodson* C-30/87 tuomioistuin vahvisti sen, ettei palvelutoimintaa koskevaa yksinoikeuden antamista tarvitse arvioida perustamissopimuksen 37 (nykyisin 31) artiklan määräämän kiellon valossa, mikäli monopolin seurauksena ei samalla rikota kansalaisuuteen perustuvaa diskriminointia tavarakaupassa, vaan pikemminkin sovellettaviksi tulevat perustamissopimuksen 85, 86 ja 90 artiklan (nykyisin 81, 82 ja 86) määräykset.[111] Artiklan 86 osalta on

---

[108] Asia C-155/73, *Sacchi*, k. 17.

[109] Ks. 95/489/EY, Komission päätös 4.10.1995, GSM-matkapuhelinliikenteen toiselle toiminnanharjoittajalle asetetuista ehdoista Italiassa, johdanto-osa k. 15. EYVL, 1995 L 280, s. 49.

Asia C-13/77, *ATAB,* k. 31. Kyseisessä tapauksessa vahvistettiin tupakkatuotteiden vähittäismyyntihinnat, minkä epäiltiin olevan perustamissopimuksen kanssa yhteen sopimaton toimenpide. Ratkaisu jätettiin kansalliselle tuomioistuimelle.

[110] *Alkio – Wik*, 2004, s. 731.

[111] Asia C-30/87, *Bodson* (ratkaisu numeroimaton). Tuomioistuimen mukaan, mikäli kunnat määräsivät toimiluvanhaltijoiden asiakkailta perimän hintatason, tarkoituksena kieltäytyä myöntämäs-

huomattava siten sen yhteys perustamissopimuksen 31 artiklaan. Artiklan 1 kohta edellyttää jäsenmaita eliminoimaan valtion monopolien aiheuttaman mahdollisen kansalaisuuteen perustuvan diskriminoinnin.

Yhteisöjen tuomioistuimen uudemmassa, erityisesti *Ranskaa* koskevassa ennakkoratkaisussa (päätöksestä on käytetty nimeä *Terminal Equipment,* komission direktiivin mukaan) C-202/88, tekemän 90 (nykyisin 86) artiklan tulkinnan mukaan yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottavilla yrityksillä on suuremmat mahdollisuudet tukeutua artiklan 2 kohdan antamaan poikkeukseen.[112] Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että poikkeus antaisi mahdollisuuden näille yrityksille automaattisesti kilpailusääntöjen vastaisiin toimenpiteisiin.

Yhteisöjen tuomioistuin soveltaa uuden tulkinnan mukaan 86 artiklaa *monopolin olemassaoloon* (vastakohtana edellä todettuun monopolin käyttäytymiseen) ja tutkii, onko monopolien olemassaolo sellaisenaan pätevä, eli rikkooko jo sen olemassaolo jo sellaisenaan perustamissopimusta. Kiellettyjä ovat siten toimenpiteet, jotka aiheutuvat itse erityis- tai yksinoikeuden myöntämisestä. Yksinoikeudelta puuttuvat silloin perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan hyväksymät perusteet, joilla mm. kilpailusäännöt, julkisia tukia koskevat säännöt ja sijoittautumis- ja palvelujen tarjonnan vapautta koskevat vapausoikeudet syrjäytyisivät.

Ennakkoratkaisu *Terminal Equipment* oli esimerkki monopolista, joka sellaisenaan muodosti perustamissopimuksen vastaisen toimenpiteen. Siinä yksinoikeuden myöntämisen tietyille yrityksille telekommunikaatiopäätelaitteiden maahantuontiin, markkinointiin, yhdistämiseen ja tuomiseen huollettaviksi oli katsottava muodostavan edellä mainitun 86 (nykyisin 82) artiklan 1 kohdan ja 28 (nykyisin 28) artiklan vastaisen toimenpiteen, koska se rajoitti samanlaisten tuotteiden myyntiä toisista jäsenmaista.[113] Yksinoikeuden myöntäminen sellaisessa sisällöllisessä laajuudessa kuin se kyseissä tapauksessa oli annettu, ei ollut välttämätöntä tehtävän toteuttamisen kannalta. Tuomioistuimen tulkinta tarkoitti siten, että yksinoikeuden myöntäminen sellaisenaan merkitsi määräävän markkina-aseman väärinkäyttöä, kun aikaisemmassa käytännössä monopolin myöntä-

---

tä toimilupia yrityksille, jos nämä eivät olleet samaa mieltä erityisen korkeiden hintojen perimisestä, kyse oli 90 (nykyisin 86) artiklan 1 kohdan tarkoittamasta tilanteesta.

[112] Tässä tapauksessa oli kyse pääasiassa komission toimivallasta säätää direktiivillä telepäätelaitteiden markkinoista. Komissio oli antanut 16.5.1988 direktiivin 88/301/ETY kilpailusta telepäätemarkkinoilla. Ks. EYVL, 1988 L 131, s. 73. Direktiivin johdanto-osan 11 kohdan mukaan yksinoikeus tai erityisoikeus päätelaitteiden erityis- tai yksinoikeuksien myöntämisen ja jatkamiseen olivat 90 (nykyisin 86) artiklan 1 kohdassa tarkoitettuja toimenpiteitä. Perustamissopimuksen 90 artiklan 2 kohdan poikkeuksen soveltamisen edellytykset eivät kuitenkaan täyty.

[113] Asia C-202/88, *Terminal Equipment*, k. 35–44. Ks. lisäksi *Blum – Logue*, 1996, s. 14.

mistä ei kyseenalaistettu, vaan tutkittiin monopoliyhtiön käyttäytymisen lainmukaisuutta.[114]

Toinen esimerkki, jossa itse monopoli sellaisenaan muodosti perustamissopimuksen vastaisen toimenpiteen, on asiassa *ERT* C-260/89. Tuomioistuin katsoi tavan, jolla TV- ja radiolähetysmonopoli oli organisoitu ja jolla toimintaa harjoitettiin, voivan johtaa tavaroiden vapaata liikkuvuutta, palvelujen tarjonnan vapautta ja kilpailusääntöjä koskevien perustamissopimuksen määräysten rikkomiseen. Tämä siitä syystä, että yhdistelmä, jossa yrityksellä oli yksinoikeus kansalliseen ohjelmien lähettämiseen ja ulkomaisten ohjelmien välittämiseen, johti diskriminointimahdollisuuteen. Tämä mahdollisuus voi, muiden jäsenvaltioiden ohjelmien edelleen lähettämistä koskevien takeiden puuttuessa, johtaa siihen, että yritys suosii omia ohjelmiaan muiden jäsenvaltioiden ohjelmien vahingoksi.[115]

Jo *Terminal Equipment* -ratkaisussa oli telepäätelaitteita koskevaa monopolia pidetty perustamissopimuksen vastaisena, eikä sille myönnetty perustamissopimuksen 90 (nykyisin 86) artiklan 2 kohdan poikkeusta, koska monopoli ei ollut välttämätön, jotta yleinen taloudellisen intressin mukainen tehtävä voitaisiin toteuttaa. Telepalveluja koskeva monopoli sisälsi myös lisäarvopalvelut. Toisaalta äänipuhelujen monopolin ylläpitämistä oli pidetty lukuisia vuosia välttämättömänä, jotta varmistetaan kelvolliset telepalvelut (*Telecom Services*). Samoin postin peruspalveluita oli pidetty välttämättöminä ennakkoratkaisussa *Corbeau*.

Ennakkoratkaisu *Corbeau* C-320/91 oli yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen ratkaisuissa käännekohta, kun vielä asiassa *Terminal Equipment* tietyt monopolit tai niiden osat oli sellaisenaan todettu pätemättömiksi. *Corbeau*-ratkaisussa postimonopoli oli itsessään *kilpailusääntöjen* vastainen, mutta tuomioistuin katsoi olevan mahdollista sallia monopolin aikaansaama rajoitus, jos ei ollut muuta mahdollisuutta suoriutua yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvistä erityistehtävistä. Tuomioistuin tarkasteli sitä, missä määrin muiden taloudellisten toimijoiden taholta tulevan kilpailun rajoittaminen tai jopa kaiken kilpailun eliminoiminen on tarpeen, jotta yksinoikeuden haltija voi hoitaa yleiseen tarkoitukseen liittyvän tehtävänsä ja ennen kaikkea hoitaa sen taloudellisesti hyväksyttävissä olosuhteissa. Erityistehtävän hoitaminen edellytti mahdollisuutta taloudellisesti kannattavien ja vähemmän kannattavien toimialojen tasaamiseen, ja tämä puolestaan edellytti mahdollisuutta rajoittaa yksityisten

[114] Näin myös asia C-320/91, *Corbeau*, k. 11, jossa todetaan, ettei yksinoikeuden myöntäminen sellaisenaan ole ristiriidassa perustamissopimuksen 86 artiklan kanssa. Tuomioistuin viittasi myös asiaan C-260/89, *ERT*, k. 35.

[115] Asia C-260/89, *ERT,* k. 22.

yrittäjien taholta tulevaa kilpailua.[116] Tämä ei kuitenkaan koskenut yleisiin tarkoituksiin liittyvistä palveluista erotettavissa olevia erityispalveluja.[117]

Corbeau-ratkaisussa tuomioistuimen kehittämää *välttämättömyystestiä* käytettiin monopolien alueen määrittelyssä, tai paremminkin niiden enimmäisrajojen määrittämisessä. Näiden rajojen ulkopuolella monopolit ovat todennäköisesti yhteen sopimattomia perustamissopimuksen kanssa.[118] Välttämättömyystesti koskee taloudellista arviointia erityistehtävien hoitamiseksi tarvittavasta riittävästä *liikevaihdosta ja tarvittavasta taloudellisesta tasapainosta*. Tuomioistuimen arvioinnin mukaan monopoli saattaa olla oikeutettu eritystehtävien hoitamiseksi, jolloin estyy kilpailijoiden mahdollisuus ns. kerman kuorintaan ja se, että vähemmän kannattavat tehtävät jäävät kansallisille yrityksille.[119]

Ennakkoratkaisussa *Almelo* C-393/92 oli kyse julkisoikeudellisesta toimiluvasta, jolla oli myönnetty yksinoikeus Alankomaiden aluetta koskevaan sähkön maahantuontiin. Yksinoikeus ei liittynyt tähän viranomaisen ja maahantuojan väliseen toimilupaan, vaan jakeluyrityksen ja paikallisten jakeluyritysten välisiin sopimuksiin, joissa oli yksinostolausekkeet. Sopimusten voitiin katsoa vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Tuomioistuin totesi muiden taloudellisten toimijoiden taholta tulevan kilpailun rajoittamisen sallituksi, mikäli se osoittautuu *välttämättömäksi*, jotta sellaisia yleisiin tarkoituksiin liittyviä tehtäviä hoitava yritys voi hoitaa sille uskotun tehtävän. Tältä osin on otettava huomioon ne taloudelliset olosuhteet, joissa yrityksen on toimittava, eli erityisesti kustannukset, joista se vastaa, ja siihen sovellettava lainsäädäntö varsinkin ympäristöoikeuden alalla. Tuomioistuin jätti kansallisen tuomioistuimen ratkaistavaksi, onko yksinoikeuslauseke, jolla kielletään paikallista jakeluyritystä tuomasta maahan sähköä, välttämätön, jotta alueellinen jakeluyritys voisi huolehtia sille yleisiin tarkoituksiin liittyvästä tehtävästä.[120]

Välttämättömyysperiaatteiden lisäksi artiklan 86 kohdan 2 soveltamisen olennaisena kriteerinä on *suhteellisuusperiaate*. Suhteellisuusperiaatteen katsotaan täyttyvän, kun on olemassa kausaalinen yhteys toimenpiteiden ja yleishyödyllisten tavoitteiden välillä, rajoituksista koituvat haitat tasapainottuvat yleishyödyllisten tavoitteiden kanssa, rajoituksista koituvat haitat tasapainottuvat saavutetta-

---

[116] Asia C-320/91, *Corbeau.*

[117] Asia *Corbeau*, kohta 19. Erityispalveluilla tuomioistuin tarkoitti kyseisessä tapauksessa palveluja, jotka johtuvat taloudellisten toimijoiden erityistarpeista ja edellyttävät tiettyjä lisäsuorituksia, joita perinteinen postipalvelu ei tarjoa, kuten kotoa nouto, nopeampi tai luotettavampi jakelu taikka mahdollisuus muuttaa määränpäätä kuljetuksen aikana, ja mikäli palvelujen luonne tai tarjoamisedellytykset – kuten maantieteellinen alue, jolla palveluja tarjotaan – ovat sellaisia, etteivät ne horjuta yksinoikeuden haltijan tuottaman yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun taloudellista tasapainoa.

[118] Asiat C-320/91, *Corbeau*, C-393/92, *Almelo* ja C-202/88, *Terminal Equipment*.

[119] Ks. tästä yksityiskohtaisemmin *Blum – Logue*, 1996, s. 30.

[120] Asia C-393/92, *Almelo*, k. 49.

villa hyödyillä yleishyödyllisten palveluiden tuottamisessa eikä yleispalvelua voida saavuttaa vähemmän kilpailua rajoittavilla toimilla.[121]

Suhteellisuusperiaate ilmenee 86 artiklan 2 kohdan yhteydessä ennakkoratkaisusta *Sydhavnens Sten & Grus* C-209/98. Tapauksessa oli kyse ympäristölle sinänsä vaarattoman rakennusjätteen kierrättämisestä kierrätystuotteiksi. Tuomioistuin totesi, että kilpailua vähemmän rajoittavilla toimenpiteillä, kuten säännöstöllä, ei olisi välttämättä voitu taata sitä, että suurin osa kunnassa tuotetusta jätteestä kierrätetään, koska jätteen käsittelykapasiteettikaan ei olisi ollut riittävä. Vähemmän rajoittava toimenpide olisi ollut se, että yritykset olisi pelkästään velvoitettu kierrättämään jätteensä.[122] Myös tässä yhteydessä on huomattava se, että suhteellisuusperiaatteen yhteydessä otettiin huomioon taloudelliset tekijät. Kunta keskitti jätteenkäsittelyn yhteen suureen laitokseen, jolloin voitiin turvata riittävä keskitetty käsittelykapasiteetti koko kunnan tarvetta varten.[123]

Käytännössä yhteisöjen tuomioistuin ei ole antanut kovinkaan suurta merkitystä 86 artiklan viimeiselle virkkeelle, jonka mukaan kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka on ristiriidassa yhteisön etujen kanssa. Asiassa *Terminal Equipment* C-202/88, tuomioistuin totesi tämän virkkeen vaatimuksesta seuraavasti: ”Kun viimeksi mainitulla määräyksellä sallitaan tietyin edellytyksin poikkeukset perustamissopimuksen yleisistä määräyksistä, sillä pyritään sovittamaan yhteen toisaalta jäsenvaltioiden intressi käyttää tiettyjä, erityisesti julkiseen sektoriin kuuluvia yrityksiä talous- tai veropolitiikan välineinä sekä toisaalta yhteisön intressi siihen, että kilpailusääntöjä noudatetaan ja yhteismarkkinoiden yhtenäisyys säilytetään.”[124] Tuomioistuin viittasi tällä ilmeisestikin koko 90 (nykyisin 86) artiklan 2 kohdan sisältöön. Virkkeen merkitys painottuu tämän ratkaisun mukaan kuitenkin tavoitteeseen säilyttää yhteismarkkinoiden yhtenäisyys.[125]

Artiklan 86 viimeisestä virkkeestä ei ole mitään mainintaa *Corbeau* C-320/91- ja *Almelo,* C-393/92 -ratkaisuissa. Eräs mahdollinen tulkinta tälle virkkeen vaatimukselle on se, että tämä vaatimus on täytetty samalla, kun välttämättömyystesti on täytetty. Kun on todistettu, että tavaroiden ja palvelujen vapaan tarjonnan rajoittaminen on välttämätöntä, jotta yritys voisi huolehtia sille uskotuista erityistehtävistä, on myös jäsenvaltioiden välisen kaupan rajoittamista pidettävä sen väistämättömänä ja hyväksyttävänä seurauksena. Tarvetta suojella jäsenvaltioiden välisen kaupan kehitystä on pidettävä toissijaisena verrattaessa tarpee-

---

[121] *Alkio – Wik*, 2004, s. 741 ss.

[122] Asia C-209/98, *Sydhavnens Sten & Grus*, k. 80.

[123] Artikla 86 liittyy myös 30 artiklan (tavaroiden liikkuvuus) soveltamiseen. Jäsenvaltiolla on viimeksi mainitun nojalla suhteellisen laaja oman säätely- ja harkintavallan alue. Yhteisöjen tuomioistuin on ilmaissut tämän periaatteen esimerkiksi ennakkoratkaisussa C-72/83, *Campus Oil*. Ks. k. 17 ja 23.

[124] Asia C-202/88, *Terminal Equipment*, k. 12 ja 13.

[125] Ks. lisäksi Julkisen palveluvelvoitteen ja kilpailusääntöjen välinen suhde, s. 43.

seen suojella mahdollisuutta suoriutua yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviin palveluihin liittyvistä erityistehtävistä.[126]

3.7 KOMISSION VALVONTATEHTÄVÄ

Komission tehtävänä on 86 artiklan 3 kohdan mukaan valvoa, että 86 artiklan määräyksiä noudatetaan, ja antaa tarpeelliset direktiivit ja päätökset. Komission tehtäväksi 86 artiklan 3 kohdassa määrätään 1 ja 2 kohdan toteutuksen valvonta. Se ensiksikin edellyttää komission tarkastavan, etteivät jäsenvaltiot toteuta tai ylläpidä voimassa julkisia yrityksiä koskevia toimenpiteitä perustamissopimuksen vastaisesti, ja se myös edellyttää tarkastettavan, etteivät julkiset yritykset toimi tavalla, joka on vastoin perustamissopimusta ja erityisesti sen kilpailua koskevia sääntöjä. Toiseksi se antaa komissiolle vallan julkaista jäsenvaltioille osoitettuja päätöksiä ja direktiivejä,[127] jotta varmistettaisiin, etteivät jäsenvaltiot toteuta mitään toimenpiteitä, jotka olisivat vastoin 86 artiklan tai muita perustamissopimuksen määräyksiä.[128]

Valvontatehtävän toteutus tässä 86 artiklan 3 kohdassa jätetään huomattavan avoimeksi verrattuna valtion tukien valvontaa koskevaan 88 artiklaan, joka perustuu komission ennakkoon tapahtuvaan tehtävään arvioida tuen hyväksyttävyys. Edellä todettu perustamissopimuksen määräys ei siten edellytä esimerkiksi julkisen palvelun tehtävän antamisen ja siihen liittyvän rahoituksen ilmoittamista komissiolle etukäteen. Jos järjestely kuitenkin muodostaa artiklan 87 tarkoittaman julkisen tuen, ilmoitusvelvollisuus syntyy lähtökohtaisesti 88 artiklan 3 kohdan perusteella. Komissio voisi antaa tämän artiklan kohdan perusteella ryhmäpoikkeuksen luontoisia vapautuksia kilpailusääntöjen noudattamisesta.

Komission perustamissopimuksen 86 artiklan 3 kohdan valvontatehtävää toteuttaa jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten välisten taloudellisten suhteiden avoimuudesta annettu direktiivi 80/723/ETY. Komission valvontavelvollisuus kohdistuu siihen, ettei julkisille yrityksille siirretä varoja laittomasti joko suoraan tai välillisesti.[129] Komissio on edellä todetun avoimuusdirektiivin 2 artiklassa määritellyt kyseisen direktiivin soveltamisessa julkisilla yrityksillä tarkoitettavan kaikkia yrityksiä, joiden suhteen julkiset viranomaiset käyttävät suoraan tai välillisesti määräysvaltaa omistuksen, rahoitukseen osallistumisen tai yrityksen sääntöjen perusteella. Vaikka yhteisöjen tuomioistuin ei ole vahvistanut jul-

---

[126] *Blum – Logue*, 1996, s. 35.
[127] Tällainen on esimerkiksi komission direktiivi kilpailusta telepäätelaitemarkkinoilla, 88/301/ETY, 16.5.1988, EYVL, 1988 L 131, s. 73.
[128] *Blum – Logue*, 1996, s. 41.
[129] Yhdistetyt asiat C-188/80–190/80, *Ranska, Italia ja Iso-Britannia v. komissio,* k. 11 ja 12.

kisen yrityksen käsitettä, se näyttää hiljaisesti hyväksyneen avoimuusdirektiivin määritelmän.[130]

Julkisilla viranomaisilla tässä yhteydessä tarkoitetaan valtiota sekä alueellisia ja paikallisia julkisyhteisöjä. Direktiivin mukaan julkisten viranomaisten oletetaan käyttävän määräysvaltaa yrityksessä, jos niillä on suoraan tai välillisesti:

a. enemmistö yrityksen merkitystä pääomasta; tai
b. valvonnassaan yrityksen osakkeiden äänimäärän enemmistö; taikka
c. mahdollisuus asettaa enemmän kuin puolet yrityksen hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä.

Yhteisöjen tuomioistuin hyväksyi tämän tulkinnan Ranskaa, Italiaa sekä Iso-Britannian ja Pohjois-Irlannin yhdistynyttä kuningaskuntaa koskeneissa yhdistetyissä asioissa C-188/80–190/80. Ratkaisun mukaan 86 artiklan määräysten perustamissopimukseen sisältymisen syynä on nimenomaan julkisen vallan vaikutusvalta julkisten yritysten kaupallisiin päätöksiin.[131] Direktiivin soveltamisalaa on laajennettu (2000/52/EY) koskemaan myös sellaisia yrityksiä, joille julkisyhteisö on myöntänyt perustamissopimuksen 86 artiklan 1 kohdan mukaisia erityis- tai yksinoikeuksia tai uskonut 86 artiklan 2 kohdan mukaisen yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun tuottamisen.[132]

Avoimuusdirektiivin soveltamista on kuitenkin rajoitettu kahdessa tapauksessa. Direktiivi ei koske sen 4 artiklan mukaan taloudellisia suhteita, joita julkisilla viranomaisilla on julkisiin yrityksiin sellaisten palvelujen osalta, joiden tarjoaminen ei ole omiaan vaikuttamaan mainittavasti jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, eikä eräisiin julkisiin yrityksiin, jotka toimivat määrätyillä infrastruktuurialoilla. Direktiiviä ei sovelleta myöskään julkisiin yrityksiin, joiden kokonaisliikevaihto ennen veroja direktiivissä mainittujen varojen myöntämistä tai käyttöä edeltäneeltä ajalta on ollut vähemmän kuin 40 milj. Euroopan laskentayksikköä. Tämä rajoitus on tehty siksi, että alle tämän rajan jäävä liikevaihto katsotaan niin pieneksi, että direktiivin edellyttämästä avoimuudesta johtuva hallinnollinen rasitus ei ole perusteltua. Direktiivin johdanto-osan mukaan (12 kappale) direktiivin soveltamisalueen ulkopuolelle on tarpeen jättää myös aloja, joilla ei ole kilpailua.[133] Avoimuusdirektiivi muutoksineen on saatettu Suomessa

---

[130] Näin myös *Trepte*, 1993, s. 6 ss. Julkisten viranomaisen toiminnalla tarkoitetaan normaalisti yleisessä intressissä toteutettavia tehtäviä ilman kaupallisia motiiveja. Julkisen yrityksen käsite ilmentää sitä, että toiminnalla on taloudellinen ja kaupallinen luonne.

[131] Ks. yhdistetyt asiat C-188/80–190/80, *Ranska, Italia ja Iso-Britannia v. komissio,* k. 25 ja 26.

[132] Yhteisöjen tuomioistuin on julkisia hankintoja koskevan soveltamisen yhteydessä määritellyt yhteisön julkiseksi yritykseksi, kun valtio omisti koko yrityksen pääoman. Ks. asia C-324/98, *Teleaustria*, k. 36.

[133] Yhdistetyt asiat C-188/80–190/80, *Ranska, Italia ja Iso-Britannia v. komissio,* k. 35.

voimaan lailla eräitä yrityksiä koskevasta taloudellisen toiminnan avoimuus- ja tiedonantovelvollisuudesta (19/2003).[134]

Komission toimivalta on kiistanalainen, sillä perustamissopimuksen 89 artikla edellyttää lakiperusteena ilmoitusvelvollisuudesta poikkeamisesta neuvoston asetusta. Komission päätös ei siis anna tämän mukaan mitään oikeusvarmuutta asianosaisille, ellei julkisen palvelutehtävän anto ja siihen myönnettävän tuki täytä *Altmark Trans* -tapauksessa tuomioistuimen linjaamia ehtoja.[135]

Komission valvontatehtävä 86 artiklassa koskee artiklan yleisen soveltamisalan johdosta julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot ovat myöntäneet yksinoikeuksia tai erityisoikeuksia, kun taas 85 artiklan valvontatehtävä koskee kaikkia yrityksiä. Tämän tutkimuksen kannalta voidaan erityisesti todeta, että julkisten yritysten osalta peruste valvontaan on oikeastaan kaksikertaisesti ilmaistu, sillä julkisia yrityksiä koskien 86 artiklan 1 kohtaan sisältyy valvontaoikeus myös valtion tukia koskevien 87–89 määräysten toteutumisen osalta. Komissio joutuu periaatteessa soveltamaan päätöksessään ”kaksoisstandardia” eli artiklan 87 tarkoittamia valtiontukia koskevia ja 86 artiklan 2 kohdan mukaisia säännöksiä.[136]

Merkittävä ero valtion tukia koskevaan 88 artiklaan nähden on 86 artiklan 3 kohdassa siinä, ettei komission viimeksi mainitussa kohdassa tarkoitettujen valtioon läheisessä suhteessa oleviin yrityksiin kohdistuva valvontatehtävä perustu toimenpiteen ennalta ilmoittamiseen eli notifikaatioon. Vaikka 86 artikla on edellä mainittuja yrityksiä koskeva erityissäännös, se ei poista myös näiden yritysten osalta ennakkoilmoitusvelvollisuutta, mikäli 87 artiklan 1 kohdan mukaiset ehdot täyttyvät. Tämä johtopäätös on tehtävissä siitä, että valvontavelvollisuus koskee 86 artiklan 1 kohdan tarkoittamien toimenpiteiden laillisuutta mukaan lukien 88 artiklan 3 kohtaan sisältyvä tukien ilmoittamisvelvollisuus.

Komission 28 päivänä marraskuuta 2005 perustamissopimuksen 86 artiklan 3 kohdan nojalla antama päätös 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta vapauttaa notifikaatiovelvoitteesta korvaukset, jotka täyttävät kyseisessä päätöksessä määritellyt ehdot. Tällä päätöksellä komissio on pyrkinyt rajaamaan ja täsmentämään tuomioistuimen *Altmark*-ratkaisussa asettamia ehtoja. Päätöksen 3 artiklan mukaan korvauksena julkisista palveluista myönnettävä valtiontuki, joka täyttää kyseisessä päätöksessä säädetyt edellytykset, soveltuu yhteismarkkinoille ja on vapautettava 88 artiklan 3 kohdassa määrätystä ennakkoilmoitusvelvollisuudesta.

Päätöstä sovelletaan julkisista palveluista myönnettävään julkisyhteisöjen antamaan tukeen, joka myönnetään yrityksille 86 artiklan 2 kohdassa tarkoitettujen

---

[134] Ks. lain tarkoituksesta HE 215/2002 vp, s. 3 ja 5.
[135] *Rapp-Jung*, 2004, s. 35.
[136] *Rapp-Jung*, 2004, s. 31 ss.

palvelujen yhteydessä. Päätöstä sovelletaan silloin (1 artiklan a alakohta), jos päätöksestä tarkemmin ilmenevällä tavalla yrityksen kaikkien toimintojen liikevaihto on alle 100 miljoonaa euroa tilikaudelta ja vuosittaisen korvauksen määrä on alle 30 miljoonaa euroa. Tämän ylittävät tuet jäävät siten päätöksen ulkopuolelle, ja ne kuuluvat valtiontukisääntöjen ilmoitusvelvollisuuden piiriin. Toiseksi (1 artiklan b alakohta) korvaukset julkisista palveluista sellaisille sairaaloille ja sosiaalisesta asuntotuotannosta vastaaville yrityksille, jotka harjoittavat jäsenvaltion yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi luokiteltavia toimintoja, on liikevaihdon ja tuen suuruudesta riippumatta vapautettu 88 artiklan 3 kohdan mukaisesta ilmoitusvelvollisuudesta.

Komission päätöksen soveltaminen edellyttää tuomioistuimen *Altmark*-ratkaisussa linjaamien ehtojen toteutumista, mm. päätöksen antamisen muodosta, myönnetyn tuen laskentaperusteista, liiallisen tuen takaisinperintävelvollisuudesta ja kirjanpitovelvollisuudesta.[137] Mikäli päätöksestä ilmenevät ehdot, se, ettei esimerkiksi palvelutehtävän suorittamiseksi myönnettävä tuki ole ylimitoitettu, kilpailun vääristymistä yhteismarkkinoilla ei katsota tapahtuvan.[138]

Komission päätöksen kanssa samanaikaisesti tarkistettiin myös ns. avoimuusdirektiiviä 80/723/ETY.[139] Tarkistuksen jälkeen riippumatta siitä, mikä on julkisen palvelun velvoitteesta maksettavan korvauksen oikeudellinen luokittelu perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan nojalla, ovat erillisen kirjanpitovelvollisuuden alaisia kaikki sellaiset yritykset, jotka saavat korvausta ja harjoittavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen lisäksi myös muuta toimintaa. Direktiivi edellytti jäsenvaltioiden saattavan kansalliset lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 19 päivänä joulukuuta 2006.

---

[137] Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

[138] Ks. edellä olevassa viitekohdassa mainitun komission päätöksen johdanto-osan kohdat 14–16.

[139] Komission direktiivi 2005/81/EY jäsenvaltioiden ja julkisten yritysten taloudellisten suhteiden avoimuudesta sekä tiettyjen yritysten taloudellisen toiminnan avoimuudesta annetun direktiivin 80/723/ETY muuttamisesta.

4 Arviointia julkisesta palvelutehtävästä sosiaali- ja terveyspalveluissa

Arvioinnin aluksi on syytä palauttaa mieleen, miksi on tarpeellista pohtia sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan julkisen palvelutehtävän antamista ja siihen liittyvää yksinoikeutta. Pohdinta liittyy keskeisesti tämän tutkimuksen alussa esitettyyn kysymykseen järjestöjen erityisasemasta, eli siihen, voitaisiinko voittoa tavoittelemattomalle sosiaali- ja terveysjärjestölle antaa määrättyjä palveluja koskeva julkinen palvelutehtävä ja siihen liittyen erityis- tai yksinoikeus. Yhteisön oikeuden perusteella mahdollisuuden julkisen palvelun tehtävän antamiseen antaisi perustamissopimuksen 86 artikla, mikäli sen sisältämät edellytykset täyttyvät. Mainitun artiklan 2 kohdan ideana on pyrkiä sovittamaan yhteen toisaalta yhteisön intressissä olevat kilpailu- ja sisämarkkinatavoitteet ja toisaalta jäsenvaltion yhteiskuntapoliittiset tavoitteet.[140]

Mikäli sosiaali- ja terveyspalvelujen voitaisiin katsoa kuuluvan kyseisen artiklankohdan soveltamisen piiriin, yhteisön perustamissopimuksen ilmentämien yhteisön kilpailu- ja sisämarkkinatavoitteiden ja kansallisten sosiaalipoliittisten tavoitteiden keskinäinen punninta ristiriitatilanteessa voitaisiin suorittaa 86 artiklan 2 kohdan mukaisesti.

Tässä tarkastelussa arvioinnin kohteena on ainoastaan yksinoikeuden antamisen mahdollisuus. Tutkimuksen laajuuden hallitsemiseksi erityisoikeuden erillisestä yksityiskohtaisesta tarkastelusta on luovuttu. Erityisoikeuden, jolla tarkoitetaan edellä selvitetyn mukaisesti tietyllä (tuote- ja maantieteellisellä) alueella vähintään kahta, mutta kuitenkin lukumääräisesti rajoitettua oikeutta, on käytännössä sama periaatteellinen vaikutus kuin yksinoikeudella. Se rajoittaa tai estää muita kuin kyseisen oikeuden saaneita yrityksiä tuottamasta vastaavia palveluja.

4.1 JULKISEN PALVELUN TEHTÄVÄ JA VIRANOMAISVASTUU

Perustamissopimuksen 86 artikla tai muukaan perustamissopimuksen määräys ei puutu siihen, järjestääkö viranomainen itse artiklan 2 tarkoittamat tehtävät vain

[140] Tämä ilmeni erityisesti edellä käsittelyssä asiassa C-67/96, *Albany.*

antaako se ne jonkin ulkopuolisen tahon järjestettäviksi.[141] Perustamissopimuksen 86 artikla asettaa kuitenkin ne edellytykset, joilla viranomainen voi antaa erityisoikeuden tai yksinoikeuden julkisen palvelun tehtävän suorittamiseksi joko toiselle viranomaiselle tai yksityiselle taholle. Samalla artikla rajaa yleensäkin uusien palvelumonopolien perustamismahdollisuuden vain niihin, joita voidaan perustella julkisella intressillä. Perustamissopimuksen 87 artiklan valtiontukisäännökset eivät muodostuisi esteeksi julkisen palvelutehtävän rahoitukselle, sillä yhteisöjen tuomioistuimen *Altmark*-ennakkoratkaisun ja komission siihen perustuvan päätöksen mukaan ei julkisen palvelutehtävän toteuttamiseksi määräehdoin annettu rahoitus ole valtiontukea.[142]

Mikäli palvelutehtävä ja siihen kuuluva yksinoikeus lainsäädännössä annettaisiin ilman kaupallisia tavoitteita suoraan valtioon kuuluvalle tai valtion kontrolloimalle, epäitsenäiselle yksikölle, ei yhdenvertaisen kohtelun vaatimusta ja diskriminointikieltoa rikottaisi. Kummassakin edellä mainituista järjestelyistä tehtävän hoito tapahtuisi viranomaispiirissä. Edellytyksenä viimeksi mainitussa tapauksessa olisi kuitenkin se, että julkisyhteisön tulisi kontrolloida kyseistä toista yksikköä samalla tavalla kuin omaa toimintayksikköään, ja kyseisen yksikön olisi tuotettava palveluja pääasiassa vain ensiksi mainitulle tilaajayksikölle. Tätä johtopäätöstä tukee yhteisöjen tuomioistuimen julkisia hankintoja koskeva oikeuskäytäntö, jonka mukaan edellä mainittujen ehtojen täyttyessä ei synny *hankintadirektiivin tarkoittamaa palveluhankintasopimusta*.[143] Julkisen vallan yksikön tuottaessa sosiaali- ja terveyspalvelut ei oman maan kansalaisia tai yhteisöjä taikka säätiöitä kohdeltaisi muiden maan vastaaviin toimijoihin nähden poikkeavalla tavalla.[144]

Perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan tarkoittamassa julkisen palvelun tehtävän antamisen yhteydessä ei julkisen hallintotehtävän siirto ole kuitenkaan välttämätöntä. Sosiaali- ja terveyspalvelun aikaansaamisen vastuut on rajattavis-

---

[141] Asia T-106/95, *FFSA ym. v. Komissio*, k. 192.

[142] Näin on, kunhan komission *Altmark*-ennakkoratkaisun perusteella määrittelemiä ehtoja noudatetaan. Ks. Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

[143] Asia C-107/98, *Teckal*. Ennakkoratkaisun mukaan yksikkö ei ole itsenäinen, jos hankintaviranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.

[144] Asia C-124/97, *Läärä*, k. 39–40. Kun palvelumonopoli oli uskottu valtion kontrollissa olevalle elimelle, eikä oman maankaan kansalaisilla ollut oikeutta palvelujen tuottamiseen, joten palvelumonopoli ei ollut diskriminoiva.

Saman periaatteen ilmentymisestä on itse asiassa kysymys silloin, kun lainsäädäntö määrää peruspalvelujen tuottamisen vastuun kunnalle. Kunnalle syntyy lainsäädännössä palvelumonopoli, mikäli se haluaa sitä käyttää. Mikäli kunta kuitenkin päättää hankkia palvelun ostopalveluna yrityksiltä tai yleishyödyllisiltä järjestöiltä, tulevat sovellettavaksi kaupallista palvelua koskevat yhteisön ja kansallisen oikeuden määräykset.

sa siten, että julkiselle vallalle kuuluva viranomaisvastuu säilyy kunnalla – kuten sen perusoikeuksien toteutumisen turvaamiseksi tulee säilyäkin. Tähän vastuuseen kuuluu mm. se, että kunta määrittelee palvelujen sisällön ja saatavuuden laajuuden. Edellä tässä tutkimuksessa tehdyn johtopäätöksen (ks. osa III, luku 3.5) mukaan viranomainen ei voikaan siirtää palvelun tuottajalle sosiaali- ja terveyspalvelujen ollessa kyseessä viimesijaista vastuuta siitä, että palvelu on asianomaisessa laissa säädetyn mukaista. Vastuu perusoikeuksien toteutumista pysyy aina lopulta viranomaisella, tämän tutkimuksen käsittelemässä tilanteessa kunnalla. Tällä tavoin jäsennettynä sosiaali- ja terveyspalvelu on STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan ryhmittelyssä ostopalvelu yksityiseltä palveluntuottajalta, yritykseltä tai sosiaali- ja terveysjärjestöltä, tai eräissä tapauksissa myös toisilta julkisyhteisöiltä.

Julkisen palvelun tehtävän antamisen tulee tapahtua ottaen huomioon myös kansallisen oikeusjärjestyksen vaatimukset. Kansallisessa lainsäädännössä sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisen vaihtoehdot sisältyvät STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohtaan. Sen tarkoittamat palvelujen tuottajat voivat olla joko yksityisiä tai julkisia oikeushenkilöitä. Kyseiseen lakiin ei sisälly mainintaa erityis- tai yksinoikeudesta taikka palvelutehtävän antamisesta, eikä niiden myöntämisen mahdollisuus ole ollut esillä edellä todetun lain eikä muidenkaan sosiaali- ja terveyshuollon palveluja koskevien lakien säätämisen yhteydessä.

Tässä tutkimuksessa ei käsitellä sitä mahdollisuutta, että järjestölle annettaisiin perustuslain 124 §:n mukaisesti sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyviä julkisia hallintotehtäviä. Tämä edellyttäisi vuoden 1996 perustuslakiuudistuksen jälkeisessä tilanteessa lailla annettavia määräyksiä, joiden tulisi antaa riittävät takeet perusoikeuksien toteutumisesta. Pohdintaa ei tehdä siksi, että jos järjestölle annettaisiin perustuslain edellyttämällä tavalla julkinen hallintotehtävä, tulisi sosiaali- ja terveysjärjestöstä näiden vaatimusten johdosta julkishallintoon kuuluva välillisen valtionhallinnon yksikkö. Tällaisen järjestön asema olisi hallintotehtävien hoidon osalta verrattavissa viranomaisen omaan toimintaan. Yhdistys menettäisi toisin sanoen kansalaisjärjestöroolinsa ja samalla yhdistysautonomiansa. Tehtävän vastaanottajaan ei sovellettaisi yhdistyslakia siksi, että yhdistyslain 2 §:n mukaan lakia ei sovelleta lailla tai asetuksella järjestettyihin yhdistyksiin.

Tutkimuksessa toimijoina olevat sosiaali- ja terveysjärjestöt eivät voi olla edellä kuvatussa julkisoikeudellisessa asemassa siksikään, että raha-automaattiavustuksen saamisen edellytyksenä arpajaislain 22 §:n mukaan on yhdistyslain mukainen rekisteröity yhdistys. Kunnalla ei ole myöskään mahdollisuutta siirtää sille julkisen vallan edustajana sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä kuuluvaa vastuutaan, kuten aikaisemmassa yhteydessä on selvitetty.

4.2 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELU YLEISHYÖDYLLISENÄ PALVELUNA

Julkisen palvelun tehtävän antamisen perusedellytys on se, että sosiaali- ja terveyspalvelujen voidaan katsoa kuuluvan perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan soveltamisen piiriin. Onko Suomessa perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaisia ja alemmanasteisessa lainsäädännössä määriteltyjä sosiaali- ja terveyspalveluja pidettävä lähtökohtaisesti tällaisina palveluina, jotka viranomaiset voisivat katsoa 86 artiklan 2 kohdan mukaisiksi yleishyödyllisiksi palveluiksi?

Yhteisöjen tuomioistuin ei ole toistaiseksi antanut yksiselitteistä ennakkoratkaisua siihen, kuuluvatko sosiaali- ja terveyspalvelut 86 artiklan 2 kohdan tarkoittamiin yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviin palveluihin. Terminologisista eroista johtuen myös komission edellä todettu tiedonanto jättää määrittelyn tukinnanvaraiseksi, eikä tiedonanto koskenut lainkaan terveyspalveluja ja eräitä erikseen mainittuja sosiaalipalveluja. Yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan 86 artiklan 2 kohdan soveltaminen on mahdollista silloin, kun kyseessä on yleiseen intressiin liittyvä taloudellinen palvelu, vaikka tämä soveltaminen erkaantuukin sanamuodosta ja sen alkuperäisestä soveltamisesta.[145] Yksittäisenä esimerkkinä voidaan mainita tuomioistuimen ennakkoratkaisun *Ferring* C-53/00 sisältämä yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä yrityksen tehtävä lääkkeiden jakelussa.[146] Yksiselitteinen yhteisön tasolta tuleva määrittely ei ole kuitenkaan välttämätöntä siksi, että päätösvalta sen suhteen, mikä palvelu katsotaan 86 artiklan 2 kohdan mukaiseksi palveluksi, on jäsenvaltiolla.

Komissio liitti keväällä 2006 julkaisemassaan tiedonannossa sosiaalipalvelut perusoikeuksiin siten, että palveluilla on ennaltaehkäisevä ja sosiaalista yhteenkuuluvuutta lisäävä tehtävä ja ne tarjoavat yksilöllistä apua, jonka tarkoituksena on edistää ihmisten osallisuutta yhteiskunnassa ja taata heidän perusoikeuksiensa toteutuminen. Komissio pyrki määrittelemään samassa yhteydessä, mitä tarkoitetaan sosiaalipalveluilla Euroopan yhteisössä. Tehtävä on ollut komissiolle jäsenvaltioiden kuulemisenkin jälkeen varsin vaikea. Tehtävän vaikeus johtuu todennäköisimmin eri jäsenvaltioiden sosiaaliturvajärjestelmien varsin suurista eroista. Yhteisenä tekijänä sosiaalipalveluille on yksi tai useampi seuraavista piirteistä: yhteisvastuuseen perustuva toiminta, moniarvoinen ja yksilöllinen luonne (johon kuuluu erilaisten välttämättömien tarpeiden täyttäminen perusoikeuksien takaamiseksi ja kaikkein heikoimmassa asemassa olevien henkilöiden suojelemiseksi), voittoa tavoittelematon luonne, vapaaehtoistyöntekijöiden osal-

---

[145] Ks. *Davies*, 2006a, s. 37 ss.
[146] Asia C-53/00, *Ferring SA*.

listuminen, (paikallisen) kulttuuriperinteen selvä merkitys ja epäsymmetrinen suhde palvelun tarjoajien ja vastaanottajien välillä.[147]

Sosiaali- ja terveyspalveluja on perinteisesti tuottanut viranomaisyksikkö itse ja edelleenkin viranomaisyksiköt tuottavat palveluista ylivoimaisen osan. Siten niiden mieltäminen 86 artiklan 2 kohdan sanamuodon ilmaisemalla tavalla ”taloudellisiin tarkoituksiin liittyviksi palveluiksi” tuottaa vaikeuksia. Terminologisestikin sosiaali- ja terveyspalvelun liittäminen ”taloudellisiin tarkoituksiin” kuuluvaksi aiheuttaa mieltämisongelmia.

Jotta palvelu kuuluisi 86 artiklan 2 kohdan soveltamisen piiriin, edellytyksenä on, että se on luonteeltaan taloudellista. Arvioinnin lähtökohtana voidaan pitää sosiaali- ja terveyspalvelujen kuulumista perustamissopimuksen 50 artiklan soveltamisen alaan siksi, että kyseisen artiklan mukaan sellaiseksi katsotaan kaikki taloudellisen toiminta, josta tavallisesti maksetaan korvaus ja korvaus on kyseisen palvelusuoritteen taloudellinen vastike. Tällaiset taloudelliset palvelut kuuluvat palvelujen tarjoamisen vapautta koskevan 49 artiklan vapausperiaatteen piiriin. Sosiaali- ja terveyspalveluja voidaan tuottaa ja useimpia niistä myös tuotetaan käytännössä markkinaperusteisesti, jolloin palvelujen tuottajina ovat yritykset ja niiden ostajina kotitaloudet taikka julkisyhteisöt, esimerkiksi kunnat.

Sosiaali- ja terveyspalvelujen kehittyminen luonteeltaan taloudellisiksi palveluiksi on tapahtunut muodollisesti palvelujen järjestämismahdollisuuksia koskevan lainsäädännön (SVOL) kehittyessä myös Suomessa, erityisesti 1980-luvun alun jälkeen. Tämä tapahtui lainsäädännön hyväksyessä mahdollisuuden järjestää nämä peruspalvelut myös ostopalveluina yksityisiltä palveluntuottajilta.

Tiivistyksenä yhteisön oikeuskäytännössä tehdystä palvelun määrittelystä on todettavissa, että määritelmä on siinä määrin yleinen, ettei yhteisöjen tuomioistuin ole antanut merkitystä palvelun sisällölliselle luonteelle.[148] Toiminnan aatteellisuudella, esimerkiksi palvelulle asetetulla sosiaalisella tavoitteella, ei ole arvioinnissa yksin merkitystä.[149] Perustamissopimuksen soveltamisalaan kuulumisessa ei ole merkityksellistä sekään, onko palvelun tuottamisen tarkoituksena tuottaa voittoa vai ei.[150] Palvelun perustamissopimuksen soveltamisen piiriin kuuluminen ei riipu sen rahoitustavasta.[151] Merkityksellistä ei siten ole se, mikä taho maksaa palvelusta aiheutuvan korvauksen. Mikäli korvauksen sosiaali- ja terveyspalvelun tuottajalle maksaa kolmas taho, esimerkiksi asiakkaan vakuutta-

---

[147] Komission tiedonanto, Yhteisön Lissabon-ohjelman täytäntöönpano: Yleishyödylliset sosiaalipalvelut Euroopan unionissa, 26.4.2006 KOM(2006) 177 lopullinen, s. 4 ss.
[148] Asia T-319/99, *FENIN* ja C-205/03, *FENIN*.
[149] Vrt. asia C-196/87, *Steymann.*
[150] Ratkaisut C-35/96, *Komissio v. Italia* ja C-244/94, *Fédération française des sociétés d'assurance ym*.
[151] Terveyspalvelu on perustamissopimuksen tarkoittamaa taloudellista toimintaa, riippumatta sen rahoitustavasta. Asia C-157/99*, Smits ja Peerbooms,* k. 55–58, *ja* C-158/96*, Kohll*, k. 17.

nut vakuutusyhtiö, kyse on silloinkin perustamissopimuksen tarkoittamasta palvelusta. Taloudellisen markkinaehtoisen palvelun piirteet ovat olemassa, kun palvelun tuottaminen perustuu asiakkaan ja palvelun tuottajan väliseen sopimukseen.

Artiklan 86 kohdan 2 mukaiset yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut eroavat perustamissopimuksen 50 artiklan tarkoittamista ”tavallisista” palveluista siten, että viranomaiset katsovat niitä tarvittavan, vaikka markkinoilla ei ole riittävästi kannusteita palvelujen tarjoamiseen. Jos ne katsovat, että jotkut palvelut ovat yleishyödyllisiä ja markkinavoimat eivät tarjoa niitä tyydyttävästi, voivat ne päättää, että julkisen palvelun velvoitetta sovelletaan nämä tarpeet tyydyttävään palvelujen tarjontaan.[152]

Yleishyödyllisen palvelun määrittely voi sisältyä jo suoraan lakiin. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on hyväksytty varsin laaja kansallinen harkintavalta sen suhteen, mikä palvelu määritellään yleishyödylliseksi 86 artiklan 2 kohdan mukaiseksi palveluksi. Käsite on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kattokäsite. Jotta se olisi 86 artiklan 2 kohdan tarkoittama taloudellinen palvelu, tulee palvelun täyttää yleispalvelun kriteerit, jotka puolestaan ovat muodostettavissa *Corbeau*- ja *Almelo*-ratkaisujen perusteella.[153] Palvelun tulee olla saatavilla

1) koko tietyllä maantieteellisellä alueella;
2) kaikille asiakkaille kyseisellä alueella;
3) yhtenäisillä tariffeilla;
4) samanlaatuisena; ja
5) ehdoilla, jotka eivät vaihtele muutoin kuin sellaisilla objektiivisilla kriteereillä, joita voidaan soveltaa kaikkiin asiakkaisiin tai palvelujen käyttäjiin.

Jos kaikki edellä todetuista kriteereistä täyttyvät, tyydyttävät ne todennäköisesti tuomioistuimen vaatimukset siitä, että kyseessä on yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu. Täysin yksiselitteistä ei ole, onko kaikkien edellä mainittujen vaatimusten täytyttävä samanaikaisesti.[154]

Sosiaali- ja terveyspalvelujen paikantuminen yhteisön oikeudessa ei ole yksiselitteistä, vaikka viitteitä tämän suuntaisista käsityksistä on viime aikoina ilmennyt. Komission yleishyödyllisistä palveluista julkaisemassa Valkoisessa kir-

---

[152] Vrt. tuomioistuimen palveluhankintadirektiiviä 92/50/ETY koskeneessa asiassa C-360/96, *BFI Holding* toteama näkökohta: Koska tätä kansanterveyden ja ympäristönsuojelun kannalta välttämättömäksi katsottua tarvetta ei voida tyydyttää täysin tai osittain yksityisten taloudellisten toimijoiden asianosaisille tekemillä keräyspalvelutarjouksilla, tämä toiminta kuuluu niihin, joiden osalta valtio voi päättää, että julkisten viranomaisten on hoidettava ne, tai joiden osalta se voi säilyttää määräävän vaikutusvallan.

[153] Asiat C-320/91, *Corbeau* ja C-393/92, *Almelo*.

[154] *Blum – Logue*, 1996, s. 23 ja 150.

jassa sosiaali- ja terveyspalvelut on liitetty kansalaisten perusoikeuksien toteutumiseen ja solidaarisuuteen.[155] Vuodelta 2005 oleva komission päätös sisältää sosiaalisen asuntotuotannon ja sairaalat erityisesti mainittuina poikkeuksina velvoitteista, jotka syntyvät muuten valtiontukisääntöjen johdosta, kun mainitunlaisille yrityksille maksetaan korvaus 86 artiklan 2 kohdan mukaisesti annetusta julkisesta palvelutehtävästä.[156]

Perustuslain 19 §:n 3 momentin sisältämän perusoikeuden sosiaali- ja terveyspalveluihin (peruspalveluina) jo sellaisenaan voidaan katsoa kattavan edellä luetellut vaatimukset. Suomen sosiaalilainsäädännön yhteisenä piirteenä on sen antamien etujen perustuminen universaaliperiaatteeseen. Jo perusoikeussäännöksien mukaan julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, asuinpaikasta riippumatta jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut, sekä edistettävä väestön terveyttä. Edellä sosiaalilainsäädännön yhteydessä (osa III, luvut 2.2 ja 3.6) on läpikäyty muun alemmanasteisen lainsäädännön vaatimukset, jotka perusoikeussäännöstä yksityiskohtaisemmin edellyttävät kuntien toimesta täytettäväksi yleispalvelun vaatimukset, mm. hinnoittelun ja laadun suhteen. Vaikka kyseessä olevat palvelut ovat määrärahasidonnaisia ja tarveperusteisia, määräytyy kunnassa asuvan oikeus niiden saamiseen objektiivisin kriteerein. Asiakasmaksut määräytyvät lainsäädännössä määritellyin yhtenäisin perustein.[157]

Vastuu sosiaali- ja terveyspalveluista on määritelty tuomioistuimen linjausten mukaisesti lainsäädännössä ja niiden toteutusvastuu on demokraattisesti oikeutettujen elinten eli kansallisten, alueellisten ja kunnallisten viranomaisten tehtävä. Sosiaali- ja terveyspalveluille on yleisesti luonteenomaista, että niiltä vaaditaan jatkuvuutta (toimitusvarmuutta), toisin sanoen palveluntarjoajan on varmistettava, ettei palveluissa ole katkoksia. Laatuvaatimusten määrittelystä, valvonnasta ja täytäntöönpanosta on tullut keskeinen osa palvelujen sääntelyä. Nämä vaatimukset sisältyvät sosiaali- ja terveyspalvelujen valvontaa koskevaan lainsäädäntöön. Myös edellä luetellut piirteet ovat tunnuksenomaisia 86 artiklan 2 kohdan tarkoittamille yleishyödyllisille palveluille.

Huolimatta merkittävistä eroista muihin yleishyödyllisiin ”taloudellisiin tarkoituksiin liittyviin” palveluihin, esimerkiksi televerkon ylläpitämistä tai työvälitystoimintaa koskeviin palveluihin, voidaan sosiaalilainsäädännön perusteella

---

[155] Komissio, Valkoinen kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 16. Valkoisessa kirjassa todetaan, että solidaarisuuteen perustuvat yleishyödylliset sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelut ovat henkilökeskeisiä, ja niillä varmistetaan, että kansalaiset voivat käytännössä hyödyntää perusoikeuksiaan. Lisäksi niillä lujitetaan sosiaalista ja alueellista yhteenkuuluvuutta.

[156] Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen, 2 artiklan 1 alakohdan b kohta.

[157] Tämä on säädetty lailla (734/92) ja asetuksella (912/92) sosiaali- ja terveydenhuollon asiakasmaksuista.

määräytyvät lakisääteiset sosiaali- ja terveyspalvelut edellä esitetyillä perusteilla katsoa perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan tarkoittamiksi palveluiksi. Jäsenvaltioiden kesken on merkittäviä eroja siinä, mitkä sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluvat viranomaisen solidaarisuusperiaatteella järjestämiin palveluihin. On myös mahdollista, että terveyspalveluissa, joissa palvelu on sairauden tai vamman selvittämistä ja lääkinnällistä hoitoa ilman välttämätöntä pitkäaikaista sairaalahoitoa, palvelun markkinaehtoiseen tuottamiseen on suuremmat edellytykset. Tämä merkitsisi sitä, että komissiolla olisi mahdollisuus perustamissopimuksen 86 artiklan 3 kohdan mukaisen valvontaoikeuden puitteissa kyseenalaistaa asiaa koskeva kansallinen päätös. Sosiaalipalvelujen osalta tällaiselle puuttumiselle on pienemmät mahdollisuudet.

Periaatteellisessa tarkastelussa lakisääteisten sosiaali- ja terveyspalvelujen sijoittumista 86 artiklan 2 kohdan piiriin ei muuta se, että palveluja tuotettaisiin markkinaehtoisesti. Tämä tekijä tulee ottaa huomioon arvioitaessa konkreettisesti, onko täyttyvätkö edellä mainitussa artiklassa julkisen palvelun tuottamiselle ja tehtävän saaneen erityisasemalle asetetut edellytykset. Ääritilannetta edustaisi se, että yritykset tyydyttäisivät viranomaisten määrittelemän palvelutarjonnan edellä esitetyillä yleispalvelun kriteereillä täysin, jolloin julkisen palvelun tehtävän antamisen tarvetta ei olisi lainkaan.[158]

Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun käsite on dynaaminen, joten yhteiskunnallista kehitystä tulee seurata. Yleisen edun mukaisia vaatimuksia määriteltäessä voidaan ja tulee ottaa huomioon poliittinen, yhteiskunnallinen, taloudellinen ja tekninen kehitys, jolloin on mahdollista ottaa huomioon kansalaisten muuttuvat tarpeet.[159] Yleisemminkin taloudellisen toiminnan käsite on kehittyvä käsite, joka on osittain sidottu kunkin jäsenvaltion poliittisiin valintoihin. Jäsenvaltiot voivat päättää siirtää yrityksille tiettyjä tehtäviä, jotka perinteisesti on katsottu valtiolle kuuluviksi määrätehtäviksi. Viranomaiset ovat voineet aluksi vastata palvelujen tuottamisesta kokonaan itse, mutta ovat markkinoiden kehittyessä alkaneet hyödyntää markkinoita palvelujen järjestämisessä. Valtiot voivat myös luoda edellytykset markkinoiden syntymiselle sellaiselle tuotteelle tai palvelulle, jota ei muutoin voisi olla. Tällaisista valtion toimista seuraa, että kyseisestä toiminnasta tulee taloudellista ja se kuuluu kilpailusääntöjen soveltamisalaan.[160]

---

[158] Komissio on kiinnittänyt huomiota vaikeuksiin, joita voi syntyä, jos yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun määritelmä ja siihen liittyvät edut myönnetään toiminnalle, joka jää kyseisen käsitteen ulkopuolelle. Ks. Komissio, 12.11.2002, Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut ja valtiontuki.

[159] Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista, s. 16.

[160] Asia C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, k. 19. Ks. Euroopan komissio, Kilpailun pääosasto, Epävirallinen asiakirja 12.11.2002, s. 9 ja 10. Tekstissä mainittu periaate ilmenee epäsuorasti asiasta C-41/90, *Höfner*, k. 19.

4.3 YKSINOIKEUDEN ANTAMISEN OIKEUDELLISISTA EDELLYTYKSISTÄ

Tutkimustehtävänä on arvioida tähän saakka läpikäydyn tiedon perusteella sitä, voitaisiinko sosiaali- ja terveysjärjestölle antaa julkinen palvelutehtävä sosiaali- ja terveyspalvelun tuottamiseksi ja siihen liittyvä yksinoikeus? Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännön mukaan monopoli ei sinänsä ole ehdottomasti kielletty, mutta tapa, jolla se järjestetään tai jolla monopoliasemaa hyödynnetään, voi loukata perustamissopimuksen määräyksiä ja erityisesti tavaroiden ja palvelujen vapaata liikkuvuutta koskevia määräyksiä ja kilpailusääntöjä.[161] Monopolin antaminen jo sellaisenaan voi johtaa kilpailusääntöjen rikkomiseen.[162]

Yksinoikeuden antamiseen liittyvien periaatteellisten ongelmien kartoittamiseksi on syytä havaita, että yksinoikeus muodostaisi järjestölle yrityksiin tai toiseen järjestöön nähden ylivoimaisen vahvan aseman. Näin tapahtuisi erityisesti silloin, jos järjestölle annettaisiin lainsäädännössä pysyvä lakiperusteinen monopoli palvelun tuottamiseen. Yksinoikeus estäisi kokonaan muiden toimijoiden mahdollisuuden toimia vastaavien palvelujen tuottajina. Palvelujen tuottaminen estyisi erityisesti silloin kokonaan, jos yksinoikeus kattaisi valtakunnan koko alueen. Yksinoikeus voi koskea vain maan tiettyä osaa, esimerkiksi kunnan tai maakunnan aluetta, ja se voisi olla myös ajallisesti rajoitettu. Näillä rajauksilla vaikutus muiden alalla olevien tai sille pyrkivien toimintaan on aluksi todettua monopolia pienempi.

Yhteisön ja kansallisen kilpailuoikeuden soveltamisen periaatteellinen rajanveto tapahtuu tehtyjen toimenpiteiden *kauppa-* ja *kilpailukriteerin* perusteella. Vaikka sosiaalipalveluista esitettyjen markkinaselvitysten perusteella on ilmeistä, että varsinaista rajat ylittävää palveluntarjontaa ei juuri esiinny, on yhden jäsenmaan toimenpiteillä usein myös rajat ylittävä vaikutus siksi, että toisen maan yrityksillä on perustamissopimuksen 43 artiklan mukainen oikeus sijoittautua kyseiseen maahan tuottamaan palveluja. Yksinoikeuden antaminen estää myös toisen maan kansalaisen ja yrityksen sijoittumisen kyseiseen maahan palveluja tuottamaan.

Rajat ylittävän vaikutuksen markkinoiden toimintaan ja kilpailuun aiheuttaa palvelujen tuottajalle annettava julkinen rahoitus, sillä tällaisessa rahoituksessa kyse lähtökohtaisesti on yhteisön tukisääntöjen kieltämästä valtiontuesta. Mikäli tuki on annettu komission edellä todetun, yhteisöjen tuomioistuimen *Altmark*-ratkaisun perusteella antaman päätöksen mukaisesti julkisen palvelutehtävän

---

[161] Asia C-260/89, *ERT*, k. 11.
[162] Asia C-202/88, *Terminal Equipment*.

rahoituksena, rahoitus ei muodostu kuitenkaan kielletyksi julkiseksi tueksi.[163] Kansallisuuteen perustuvan diskriminoimisen kieltoa on joka tapauksessa noudatettava myönnettäessä rahoitusta.

Tässä yhteydessä voidaan todeta samaten se, että hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan säätämisen yhteydessä näytetään pohditun mahdollisuutta, ettei yli 50 prosentin hankinnan tekemiseksi saatu rahoitus kaikissa tapauksissa tekisikään tuen saajasta hankintayksikköä. Tämä ilmenee hallituksen esityksen (HE 50/2006 vp, s. 56) perusteluista. Kilpailuttamisvelvoitteesta luopuminen edellyttäisi kuitenkin hankintalakiin nähden erityislain säätämistä. Mikäli annettaisiin komission *Altmark*-päätöksen mukainen erityislaki, hankintalaissa tarkoitetun rahoituksen saajasta ei tulisi hankintayksikköä.

Jäsenvaltiot eivät saa 86 artiklan 1 kohdan mukaan toteuttaa tai pitää voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia ja jotka ovat ristiriidassa perustamissopimuksen, etenkin sen kansalaisuuteen perustuvan diskriminoinnin kieltävän 12 artiklan ja 81–89 artiklan määräysten kanssa. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan sekä 43 artiklan ja vastaavasti 49 artiklan että 86 artiklan 2 kohdan määräysten tulkinnassa kansallisen toimenpiteen mahdollisuutta tulee siten arvioida ottaen huomioon *tarkoituksenmukaisuus*-, *suhteellisuus*- ja *välttämättömyysperiaatteet*.[164] Julkisen palvelutehtävän antaminen ja siihen liittyvä yksinoikeus edellyttää myös sosiaalipalveluissa suhteellisuus- ja siihen liittyvän välttämättömyystestin läpäisyä, eli toimenpiteen välttämättömyyden punnintaa edellä todettuja oikeusperiaatteita käyttäen.[165]

Samalla kun poikkeusta palvelujen tarjonnan vapaudesta arvioidaan yhteisön oikeuden perusteella, huomioon tulee ottaa myös kansallisen lainsäädännön vaatimukset. Julkinen palvelutehtävä ja siihen liittyvä yksinoikeus rajoittavat perusoikeuksien toteutumista erityisesti silloin, jos oikeus myönnettäisiin edellä kuvaillun mukaisesti maan laajuisesti ja ajallisesti rajoittamatta. Perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön mukaan (esimerkiksi PeVM 25/1994 vp, s. 5) perusoikeuden rajoitus on sallittu ainoastaan, jos tavoite ei ole savutettavissa perusoikeuteen vähemmän puuttuvin keinoin. Rajoitus ei saa mennä pitemmälle kuin on perusteltua ottaen huomioon rajoitusten taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään.[166] Perusoikeuksia koskevien rajoitusten on oltava siten myös kansallisen oikeuden kannalta *suhteelli-*

---

[163] Tätä edellyttää komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

[164] Esimerkiksi asia C-33/74, *van Binsbergen*, k. 10–12.

[165] Esimerkiksi asia C-8/02, *Leichtle v. Bundesanstalt für Arbeit*, k. 29, asia C-157/99, *Smits* ja *Peerbooms*, k. 44–46 ja C-385/99, *Müller-Fauré*, k. 100.

[166] Ibid.

suusperiaatteen ja *välttämättömyysperiaatteen* mukaisia. Perustuslakivaliokunnan mietinnöstä ilmenevät edellytykset tarkoittavat sekä periaatteessa että käytännössä, että yksinoikeuden on myös kansallisen perusoikeusjärjestelmän kannalta läpäistävä suhteellisuusperiaatetta toteuttava testi.

Yksinoikeuden myöntämismahdollisuutta ja sen edellytyksiä näytetään pohditun oikeustieteellisessä kirjallisuudessa varsin vähän. Se on jäänyt pääasiassa lyhyiksi maininnoiksi ilman, että oikeusjärjestyksen vaatimuksia olisi perustellusti käsitelty. Myöntämisen on todettu kuuluvan jäsenvaltion toimivaltaiselle viranomaiselle ja sen on perustuttava lakiin, asetukseen tai hallinnolliseen määräykseen. Nämä ovatkin lähinnä siteerauksia yhteisön lainsäädännöstä ja tuomioistuimen ennakkoratkaisuista. Kansallisesti yksinoikeuden myöntämistä on tarkasteltu julkisten hankintojen yhteydessä, jolloin sen antamisen mahdollisuus yhteisön oikeuden vaikutuksen tultua voimaan ja kansallisen perusoikeusuudistuksen jälkeisessä tilanteessa on jäänyt määrittelemättä.[167]

Kalima on tulkinnut aikaisemmin voimassa ollutta hankinta-asetusta siten, että sitä voidaan joutua soveltamaan sellaisiin yhteisöihin, jotka saamansa yksinoikeuden ja sitä täydentävän palvelusopimuksen nojalla harjoittavat julkista palvelutoimintaa. Näin on asianlaita esimerkiksi silloin, kun hankintayksikkö luovuttaa oikeuden yksityisoikeudellisille yhteisöille julkisen palvelutoiminnan harjoittamiseen siinä tarkoituksessa, että palvelujen käyttäjät puolestaan hankkisivat palvelunsa (ostopalvelut) edellä mainitulta yhteisöltä. Suomessa edellä kuvattua tilannetta on Kaliman mukaan tulkittava siten, että kunta tai muu julkisyhteisö voisi luovuttaa edellä mainitun yksinoikeuden myös hallintopäätöksin ja niihin liittyvin sopimuksin perustamalleen yhtiölle (esim. kunnan jätehuoltoyhtiö). Kysymys olisi lähinnä erityislain tai asetuksen sallimiin tilanteisiin perustuvasta yksinoikeuden luovuttamisesta, joka edellyttää laissa tai asetuksessa olevaa valtuutusta.[168]

---

[167] *Kivivuori*, s. 81 ja erityisesti alaviite 120. *Kivivuori* on tutkimuksessaan todennut peruspalveludirektiivin 93/38/ETY tarkastelun yhteydessä, että oikeuden voi myöntää ”jäsenvaltion toimivaltainen viranomainen” ja päätöksen pitää perustua ”lakiin, asetukseen tai hallinnolliseen määräykseen”. Oikeuden peruste on säänneltävä oikeusohjeessa. Viranomaiselle sopimuksella siirrettyjen oikeuksien tai muuhun kuin viranomaisasemaan pohjaavan oikeuden (patenttioikeus, teollisoikeus) luovuttaminen ei siten täytä direktiivin vaatimusta. *Kivivuori* toteaa myös siten, että ”Suomessa erityis- tai yksinoikeuden myöntäminen ei ole mahdollista pelkästään asetuksen tai hallinnollisen määräyksen nojalla”. Valitettavasti hän ei perustele viimeksi mainittua toteamustaan millään tavalla.

[168] *Kalima*, 1996, s. 49 ss. Sama kanta ilmenee myös *Kalima*, 2001, s. 63.

Ks. myös *Lievonen*, s. 102. Lievonen katsoo tutkimuksessaan aikaisemman oikeuskirjallisuuden perusteella samaten, että yksinoikeus kunnalle tulevien palveluiden tuottamisesta voidaan antaa kunnanvaltuuston päätöksellä. Lisäksi päätökseen on oltava perusteltu syy. Perusteluita ei hänkään ole käsitykselleen esittänyt.

Mikäli tehtävänanto tapahtuu viranomaispiirin sisällä esimerkiksi siten, että se perustuu oikeusjärjestyksen puitteissa tapahtuvaan viranomaisten keskiseen yhteistoimintaan, ei kysymys ole edellä mainitun artiklan kohdan mukaisesta tehtäväksi annosta. Kysymys on silloin viranomaistehtävien järjestelystä ilman, että edellä selvitetyt palvelun ja sitä koskevan sopimuksen tunnusmerkit täyttyisivät. Oikeuskirjallisuudessa käsiteltyjen tilanteiden on tulkittava koskevan lähinnä sidosryhmähankintoja (*in house* -hankinnat). Näissä tilanteissa, jossa julkisyhteisö päättää siirtää palvelutoiminnan kokonaan omistamalleen yhtiölle, ei ole kuntalain säännösten valossa nähtävissä erityisiä oikeudellisia ongelmia. Mikään ei estä julkisyhteisöä, myös kuntaa, omistamasta yhtiöitä, kunhan päätös yhtiön perustamisesta tehdään kuntalain ja muun relevantin lainsäädännön edellyttämällä tavalla. Eri kysymys on arvioida sitä, milloin yhtiö ei enää täytä sidosryhmäyhteisön tunnusmerkkejä.

Palveluja koskevia sääntöjä ei ole toistaiseksi harmonisoitu, eikä ole luotu myöskään niiden vastavuoroisen tunnustamisen järjestelmää. Siksi jäsenvaltio voi asettaa palvelujen tarjontaa koskevia rajoituksia, joiden soveltamisalaan kuuluvat kaikki tämän valtion alueelle sijoittautuneet luonnolliset henkilöt, yhteisöt ja säätiöt. Kaikki sellainen palvelujen tarjoajien syrjintä on kuitenkin kielletty, jonka kohteeksi palvelun tarjoaja joutuu kansalaisuutensa perusteella tai siksi, että hän on sijoittautunut toiseen jäsenvaltioon.[169]

Elinkeinolain 1 § asettaa kaikki luonnolliset henkilöt, joiden asuinpaikka on Euroopan talousalueella, elinkeinon harjoittajana samaan asemaan. Samoin samassa asemassa ovat myös suomalaiset yhteisöt ja säätiöt suhteessa ulkomaiseen yhteisöön ja säätiöön, jos sellainen on perustettu jonkin Euroopan talousalueeseen kuuluvan lainsäädännön mukaan ja jolla on sääntömääräinen kotipaikka, keskushallinto tai päätoimipaikka jossakin talousalueeseen kuuluvassa valtiossa. Kansallinen lainsäädäntömme estää siten lähtökohtaisesti kansalaisuuteen perustuvan diskriminoinnin kiellon rikkomisen. Toisesta jäsenvaltiosta olevien henkilöiden ja yhteisöjen on samalla tavalla noudatettava kansallista lainsäädäntöä, mitä turvaa vaatimus yhteisöjen osalta maahan rekisteröitymisestä. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva sääntely koskee siten samoin edellytyksin suomalaisia ja muista maista olevia luonnollisia henkilöitä, oikeushenkilöitä sekä säätiöitä. Huomattava on myös se, että kansalliset perusoikeudet koskevat sekä Suomen kansalaisia että täällä asuvia muiden maiden kansalaisia.

Sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamista koskeva lainsäädäntö ei edellä todetun johdosta sisällä erityisiä ulkomaalaisia koskevia poikkeusmääräyksiä, joiden perusteella toisesta jäsenmaasta tuleva palvelun tarjoaja olisi asetettu eri asemaan. Toisesta jäsenvaltiosta olevan palvelutarjoajan erilainen kohtelu olisi mah-

---

[169] Asia C-288/89, *Stichting Collective Antennevoorziening Gouda ym.*, k. 10–12.

dollista vain, jos tällainen kohtelu olisi perusteltu perustamissopimuksen 55 artiklan mukaisella julkisen vallan jatkuvalla tai tilapäisellä tarpeella 46 artiklan mukaisen yleisen järjestyksen, yleisen turvallisuuden tai kansanterveyden suojelemiseksi.[170] Tällaiselle lainsäädännön lähtökohdalle ei ole olemassa perusteita siten, että ne koskisivat samanaikaisesti yleisesti kaikkia palveluja.

4.4 YKSINOIKEUDEN VÄLTTÄMÄTTÖMYYS

Voitaisiinko julkinen palvelutehtävä ja siihen liittyvä yksinoikeus kuitenkin antaa siten, että se koskisi yksittäistä palvelua? Yksinoikeuden antaminen tapahtuisi lakiin perustuen silloin, kun se annetaan lakiin perustuvalla toimiluvalla.[171]

Sosiaali- ja terveyspalvelun järjestämistä koskevassa tilanteessa välttämättömyystesti tarkoittaa sitä, että yksinoikeus olisi välttämätön, jotta perustuslain 19 §:n 3 kohdan perusteella ja alemmanasteisessa lainsäädännössä määritelty oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspaleluihin toteutuisi. Huomioon voidaan ottaa myös 19 §:n 1 momentin tilanne viimesijaisesta välttämättömästä huolenpidosta, mikäli tämä edellyttää kyseisen palvelun järjestämistä. Yksinoikeuden tulisi olla välttämätön ja sopiva toimenpide palvelun järjestämiseen liittyvän sosiaalipoliittisen tavoitteen saavuttamisessa. Välttämättömyyskriteeri edellyttää myös sitä, ettei ole löydettävissä vähemmän kilpailua ja markkinoiden toimintaa rajoittavaa toimenpidettä mainitun oikeuden toteuttamiseksi. Sovellettaviksi tulisivat siten tarkoituksenmukaisuus-, välttämättömyys- ja suhteellisuusperiaatteet.

Mikäli julkisen palvelun tehtävän ja siihen liittyvän yksinoikeuden antaminen läpäisee välttämättömyystestin, ei ole tarpeen pohtia, onko toimenpiteellä vaikutusta jäsenvaltioiden väliset rajat ylittävään kauppaan.[172] Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan välttämättömyystestiä tulee käyttää monopolialueiden määrittelyssä, tai pikemminkin niiden enimmäisrajojen määrittelyssä. Muodostettava monopoli saattaa sellaisenaan olla kilpailusääntöjen vastainen, se toisin sanoen eliminoi kilpailua (*Corbeau*). Yksinoikeuden antaminen ei saa ai-

---

[170] Ks. yhteisön tuomioistuimen oikeuskäytännöstä rajoittamisperiaatteista asia C-288/89 *Stichting*, *Collectieve Antennevoorziening Gouda*, k. 13–15. Myös asia C-67/98, *Zenatti*, 29. Viimeksi mainitussa asiassa oli kysymys nimenomaan palveluja koskevan 55 artiklan soveltamisesta, mikä antaa mahdollisuuden lupajärjestelmään perusteilla, jotka liittyvät julkisen vallan jatkuvaan tai tilapäiseen käyttöön, taikka yleisen järjestyksen, yleisen turvallisuuden tai kansanterveyden suojelemiseksi.

Vrt. *Jyränki*, 2000, s. 310. Lupaedellytysten on oltava selkeästi laissa määriteltyjä, lupaharkinnan pitää olla laillisuusharkintaa, eikä luvanvaraisuudella saa pyrkiä tosiasialliseen monopoliin.

[171] Ks. esimerkiksi asia C-159/94, *komissio v. Ranska*.

[172] Asiat C-320/91, *Corbeau* ja C-393/92, *Almelo* (ja jo C-202/88, *Terminal Equipment*).

heuttaa määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilannetta asettamalla esimerkiksi asiakkaille kohtuuttomia maksuja taikka diskriminoimalla alihankkijoita, ellei sellainen ole ehdottoman välttämätöntä tehtävän hoitamiseksi. Yksittäistapauksessa annettava yksinoikeus kuitenkaan väistämättä johtaisi määräävän markkina-aseman väärinkäyttötilanteisiin.

Sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan yksinoikeuden antaminen ei saa johtaa perusteettomasti myöskään tavarakaupan estymiseen, jolloin 31 artiklan vastaista tilannetta ei oikeuksien antamisen seurauksena saa syntyä.[173] Mainitun artiklan määräyksiä sovelletaan sen 1 kohdan mukaan valtion monopoleihin, jotka perustuvat valtion myöntämään yksinoikeuteen. Artiklalla on tarkoitus sovittaa yhteen jäsenvaltioiden mahdollisuus pitää voimassa tiettyjä kaupallisia monopoleja, joita käytetään välineenä pyrittäessä saavuttamaan yleisen edun mukaisia tavoitteita, ja yhteismarkkinoiden toteuttamisen asettamat vaatimukset. Artikla ei välttämättä vaadi poistettavaksi olemassa olevia palvelumonopoleja. Kyseisen 31 artiklan 2 kohdan mukaan jäsenvaltiot eivät saa toteuttaa uusiakaan toimenpiteitä, jotka ovat ristiriidassa 1 kohdan periaatteiden kanssa tai joilla rajoitetaan jäsenvaltioiden välisten tullien ja määrällisten rajoitusten kieltämistä koskevien artiklojen soveltamisalaa.[174]

Yksinoikeus on periaatteessa omiaan rajoittamaan perustuslain 18 §:n 1 momentissa turvattua elinkeinon vapauden perusoikeutta, joka on konkretisoitu elinkeinolailla. Yksinoikeus rajoittaa myös perustuslain 15 §:n turvaamaa omaisuuden suojaa esimerkiksi silloin, kun yksinoikeusjärjestely vaikuttaa palveluja tuottavan yrityksen toiminnan jatkamismahdollisuuteen. Omistusoikeuden turvaan liittyy myös sopimusvapaus, joka yhdessä omistusoikeuden perusoikeuden kanssa kytkeytyy elinkeinonvapauteen. Kilpailunvapaus on ymmärretty elinkeino- ja sopimusvapauden sekä omistusoikeuden muodostaman kolmikannan peilikuvana. Kilpailunvapauden ”pelisäännöt” määräytyvät yhteisön ja kansallisen kilpailuoikeuden perusteella.

Mikäli sosiaali- ja terveyspalvelujen turvaamiseksi katsottaisiin tarpeelliseksi antaa sosiaali- ja terveysjärjestölle niiden tuottamista koskeva yksinoikeus, kansallinen perusoikeuksien välinen jännite muodostuisi ensisijaisesti elinkeinovapauden perusoikeuden ja vastaperiaatteena sosiaalipalvelujen turvaa koskevan perusoikeuden välille. Palvelujen tuottaminen perustuu elinkeinolailla konkretisoitavan elinkeinovapauden periaatteen piiriin ja jos toimialaa koskevan erityislainsäädännön ehdot täyttävä yritys on oikeutettu palvelutoiminnan harjoittamiseen, lupaa ei voida evätä. *Pareto*-optimaalisuuden perusteella valittava tapa

---

[173] Asia C-30/87, *Bodson v SA Pompes funèbres des régions libérées*.
[174] Asia C-189/95, *Franzén*, k. 38–41.

järjestää sosiaali- ja terveyspalvelut tulisi valita siten, että kyseiset perusoikeuksina toteutuvat palvelut toteutuisivat mahdollisimman maksimaalisesti, mutta samalla toteutuisi mahdollisimman maksimaalisesti myös elinkeinon ja ammatin harjoittamista koskeva perusoikeus.

Perusoikeuksien rajoitusten tulee perustuslakivaliokunnan mietinnön (PeVM 25/1994 vp, s. 5) mukaan perustua eduskunnan säätämään lakiin, eikä perusoikeuksien rajoittamista koskevaa toimivaltaa voida delegoida lakia alemmalle tasolle.[175] Perusoikeuksien rajoitusten on oltava tarkkarajaisia, riittävän täsmällisesti määriteltyjä ja rajoitusten olennaisen sisällön tulee ilmetä laista. Lisäksi rajoitusperusteiden tulee olla hyväksyttäviä ja rajoittamisen tulee olla painavan yhteiskunnallisen tarpeen vaatima. Tavallisella lailla ei voida säätää perusoikeuksien ytimeen ulottuvasta rajoitusta. Perusoikeuksien keskinäisen punninnan tulee tapahtua lainsäätäjän itsensä tekemänä.[176] Sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan yksinoikeuden antaminen käsiteltävänä olevassa tilanteessa ei sinänsä estä yrittämisen vapautta kokonaan, vaikka se on omiaan rajoittamaan elinkeinovapauden toteutumista. Perusoikeuden ytimeen menevästä rajoituksesta ei siten ole kysymys.[177]

Periaatteiden välinen jännite on lainsäätäjän toimesta ratkaistu jo siten, että sosiaali- ja terveyspalveluja voidaan hankkia myös ostopalveluina yrityksiltä (pääsääntö STVOL 4 § 1 momentin 4 kohdassa). Julkisen viromaisen, kunnan, vastuulle on tässäkin tapauksessa sälytetty lain vaatimukset täyttävän palvelun järjestäminen. Konkreettisesti tämä tarkoittaa viranomaisen kontrollivastuuta. Myös lainsäätäjän toiminnassa tulisi ottaa huomioon suhteellisuusperiaate, joka tarkoittaa ns. ”pienimmän haitan periaatetta” perusoikeuksien toteutumisessa. Yksinoikeuden antaminen tulisi voida perustella siten, että sen antaminen on sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan perusoikeuden toteutumisen kannalta tarkoituksenmukaista ja välttämätöntä, eikä se olisi suhteeton toimenpide.[178]

Perusoikeuksiin kytkeytyvien yhteiskunnallisten ja yksilöllisten arvojen ristiriita on näin jo ratkaistu perustuslain säätämässä parlamentaarisessa järjestyksessä. Euroopan yhteisön oikeuden velvoittavuus huomioon ottaen kansallista

---

[175] Näin myös PeVL 15/1996 vp, s. 1.

[176] PeVM 25/1994 vp. s. 5.

[177] Vrt. HE 198/1996 vp, s. 26. Esitys koski mm. liiketoimintakiellosta annetun lain (1059/1985) muuttamista. Hallituksen esityksessä todettiin perusoikeusuudistuksen vaativan, että elinkeinonharjoittamisen vapautta (HM 15 § 1 mom.) voidaan rajoittaa lailla. Liiketoimintakiellolla ei myöskään pyritä puuttumaan yrittämisen vapauteen sinänsä, vaan estämään sellainen elinkeinovapauden väärinkäyttö, joka perustuu lainvastaisuuksiin ja muiden vahingoittamiseen. Liiketoimintakiellolla turvataan myös niiden yrittäjien toimeentulomahdollisuuksia, jotka harjoittavat liiketoimintaa asianmukaisesti.

[178] Vrt. PeVL 23/2000 vp, jossa valiokunta arvioi rahapelitoiminnan harjoittamista koskevan yksinoikeudella annettavan rahapeliluvan (toimiluvan) välttämättömyyttä elinkeinovapauden harjoittamisen perusoikeuden valossa.

lainsäädäntöä on pidettävä johdonmukaisena. Myöskään yhteisön oikeuden vapausperiaatteiden rajoittaminen ei ole mahdollista ilman painavia yhteiskunnallisia tarpeita, jotka sisältyvät palvelujen liikkuvuuden osalta perustamissopimuksen 46 artiklaan. Yhteisön oikeuden velvoittavuus sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä on mahdollista ohittaa vain silloin, kun viranomainen tuottaa palvelut itse viranomaisroolissaan.

Myös lainsäädännössä olisi mahdollista painottaa objektiivisin perustein perusoikeutta sosiaali- ja terveyspalveluihin, toisin sanoen moraaliperiaatteen etusijaa pragmaattisiin tavoitteisiin nähden. Mikäli moraaliperiaatteet todettaisiin uudessa lainsäädännössä taloudellisiin arvoja toteuttavia tavoitteita tärkeämmiksi, johtaisi tämä ratkaisuun, jossa viranomaiset tuottaisivat itse palvelut viranomaisominaisuudessaan ilman markkinoiden ja yrittäjien ”itsekkyyden” tuomaa painetta. Mikäli palvelut hankittaisiin kuitenkin ostopalveluina, johtaisi yksilöstä huolehtimisen painottaminen siihen, että palvelut hankittaisiin mahdollisimman kattavina ja laadultaan hyvinä, ja viranomainen panostaisi varoja säästämättä voimakkaasti palvelun tuotannon valvontaan. Muut menot priorisoitaisiin vähäarvoisemmiksi.

On toinen kysymys arvioida viranomaisen päätöksenteon pragmaattisia perusteita, joita ovat mm. taloudellisten resurssien riittävyys ja työvoiman saatavuus. Kunnan päätöksenteossa on myös mahdollista painottaa arvoihin perustuvaa ideologista näkemystä: halutaanko hyvinvointipalvelujen tuottaminen järjestää kilpailumekanismia hyödyntäen vai ei. On siten nähtävissä, että ideologinen valinta tapahtuu ja sen tulee tapahtua kunnan päättäessä järjestää palvelut ostopalveluina, vaikka päätös perustuisikin pragmaattisiin syihin.

Moraaliarvojen painottaminen lainsäädännössä liittyy myös sosiaalisen turvan sisällölliseen ja laadulliseen kattavuuteen. Kansallinen perusoikeusjärjestelmä ja sen mukainen lainsäädäntö eivät anna sellaista mahdollisuutta, että yleisesti todettaisiin markkinaehtoinen järjestämistapa sopimattomaksi sosiaali- ja terveyspalveluissa. Oman toimintansa osalta kunta voi tehdä valinnan siten, ettei se hanki palveluja lainkaan ostopalveluina, vaan tuottaa ne itse.

Edellä tehtyjen johtopäätösten jälkeen yksinoikeuden antamisen mahdollisuutta tarkastellaan enää jäljempänä ainoastaan siten, että olisiko perusteita rajoittaa yksittäistapauksissa elinkeinon harjoittamisen oikeutta, jotta tietty sosiaali- ja terveyspalvelu pystyttäisiin turvaamaan kaikille lainsäädännön mukaisesti. Lainsäädännön lähtökohta ei tarkoita sitä, etteikö joissain tilanteissa olisi tarpeellista yksilön sosiaalisten perusoikeuksien turvaamiseksi poiketa edellä todetusta peruslähtökohdasta. Voimassa olevalla lainsäädännöllä ei voida katsoa ratkaistun yleispätevästi sitä, syntyykö joidenkin palvelujen osalta tilanne, jossa niitä ei ylipäätänsäkään voida järjestää tyydyttävällä tavalla yritysten toimesta lainkaan, mikäli julkinen valta ei puutu aktiivisesti markkinoiden toimintaan

antamalla julkisen palvelun tehtävän ja siihen liittyvän yksinoikeuden. Tätä väitettä pyritään perustelemaan seuraavaksi.

Käytännössä suhteellisuusperiaate ja välttämättömyysperiaate yhdessä tarkoittavat sitä, että yksinoikeuden antaminen keinona toteuttaa kunnan kyseessä olevat lakisääteiset palvelutehtävät ei saa ilman pakottavia ihmisen terveyden suojaamiseen liittyviä perusteita estää yrittämisen ja omistamisen vapauden toteutumista. Välttämättömyystestiin kuuluva suhteellisuusperiaate sisältää kysymyksen, olisiko löydettävissä monopolia vähemmän markkinoiden toimintaa häiritsevä keino palvelulle asetetun tavoitteen toteuttamiseksi.

Arvioitaessa julkisen palvelutehtävän antamista ja siihen liittyvän yksinoikeuden myöntämisen välttämättömyyttä, on otettava huomioon, missä määrin kulloinkin kyseessä olevaa palvelua voidaan saada markkinaehtoisesti, toisin sanoen missä määrin markkinat ovat jo toimivat. Mikäli markkinat ovat kehittyneet ja kykenevät tuottamaan sosiaali- ja terveyspalvelut niitä koskevassa erityislainsäädännössä asetettujen vaatimusten mukaisina, ei julkisen palvelutehtävän antaminen ja siihen liittyvän yksinoikeuden myöntäminen ole tarpeellista. Tähän tutkimukseen liittyvän markkinakartoituksen perusteella on havaittavissa, ettei yrityksillä ole näytä olevan kiinnostusta kaikkien lainsäädännön turvaamien palveluiden tuottamiseen lainsäädännön vaatimalla tavalla, ja toisaalta siten, että se olisi julkisyhteisöjen kannalta taloudellisessa mielessä järkevää.

Yhteisön oikeuden kannalta välttämättömyystestin konkreettinen soveltaminen tarkoittaa sitä, että on arvioitava palvelulajikohtaisesti, mikä määrä toiminnan liikevaihtoa on tarpeellinen, jotta voitaisiin ylläpitää riittävä palvelujen tuotanto ja siihen liittyvä osaaminen (ennakkoratkaisut *Corbeau* C-320/91 ja *Almelo* C-393/92). Palvelutoiminta ei ole toisin sanoen jaettavissa usealle toimijalle, jotta universaaliperiaatteena turvatun palvelun jatkuvuus olisi turvattu alueellisestikin. Kilpailuoikeuden yleisen soveltamisperiaatteen mukaan yhteisön oikeuden soveltamisessa noudatettavaa tulkintaa voidaan seurata myös kansallisen oikeuden tulkinnassa. Kilpailun rajoittaminen tai jopa kaiken kilpailun eliminoiminen on mahdollista, jos toimenpide on tarpeen, jotta yksinoikeuden haltija voi hoitaa yleiseen tarkoitukseen liittyvän tehtävänsä ja ennen kaikkea hoitaa *sen taloudellisesti hyväksyttävissä olosuhteissa*. Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että yksinoikeuteen voidaan samalla sisällyttää taloudellisesti kannattavia ja vähemmän kannattavia toimialoja, jotta nämä tasaavat toisiaan.[179]

Kyse on ensisijaisesti maantieteellisistä alueista, jolloin järjestelyllä on mahdollista estää ns. kerman kuorinta, jossa vähemmän kannattavat maantieteelliset tai palvelulajialueet jäisivät hoitamatta. Osa tutkimuksen kohteena olevista jär-

---

[179] Ks. *Savia*, 1993, s. 230 ja siitä ilmenevät viitteet. Ei ole välttämätöntä, että yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut olisivat koko maan väestöä varten. Riittävää on palvelu, joka on tarkoitettu kuntakohtaiseksi tai käsittämään jotain osaa maan väestöstä.

jestöjen palvelualueista on sellaisia, joissa markkinoiden jakaminen usean toimijan kesken ei ole taloudellisesti järkevää, ja jakaminen saattaisi vaarantaa palvelun jatkuvuuden.

Yhteisön oikeus tai kansallinen oikeus ei aseta periaatteellisia esteitä sille, että taloudellisia kriteereitä noudattaen valtio päättäisi uskoa jotakin ehdot täyttävää sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan julkisen palvelutehtävän ja siihen liittyvän yksinoikeuden 86 artiklan 1 kohdan tarkoittamalle ”yritykselle”.[180]

4.5 JULKISEN PALVELUN TEHTÄVÄN KILPAILUTTAMISVELVOLLISUUS

Kunnan on syytä määritellä jo ostosopimukseen perustuvaa palvelun järjestämistä suunnitellessaan palvelun tuottamiseen liittyvien käytännön taloudellisten edellytysten perusteella, onko koko palvelutuotanto järkevää antaa yksinoikeudella jollekin palveluntuottajalle, vain onko mahdollista antaa palvelun tuottamiseksi erityisoikeuksia useammalle palveluntuottajalle. Viimeksi mainituista esimerkkinä voidaan mainita lastensuojeluun ja vanhustenhuoltoon liittyvät palvelut. Ratkaisevaa tässä tilanteessa ovat taloudelliset edellytykset, joiden perusteella palvelun tuottaminen sekä sen tuottamiseksi tarvittava osaaminen ja toiminnan puitteet voidaan ylläpitää. Merkittävää on myös määritellä edellä olevat tekijät huomioon ottaen sopimuksen kesto. Määrittely voi tapahtua hankinnan menettelytapoja hyväksi käyttäen.

Sijoittautumista ja vastaavasti palvelujen tarjontaa koskevaan vapausperiaatteeseen sisältyvä diskriminoinnin kielto toteuttaa toisesta jäsenmaasta olevaan potentiaaliseen palvelujen tuottajaan nähden tasapuolisen kohtelun vaatimusta.[181] Julkisen palvelun tehtävän antamisessa on erotettava se, siirtyykö viranomaiselle kuuluva tehtävä palvelutehtävän saaneelle vai ei. Palvelujen tuottaminen on eri asia kuin viranomaiselle kuuluva vastuu palvelujen järjestämisestä, joista viimeksi mainittu on julkisen vallan käyttöä.[182] Perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan tarkoittamassa tilanteessa ei tarvitse olla kysymyksessä järjestely, jossa tapahtuisi perustuslain 124 §:n tarkoittama julkisen hallintotehtävän siirto. Hallintotehtävän siirrossa viranomaisyksikkö siirtää sille kuuluvia viranomaistehtäviä.

---

[180] Perustamissopimuksen 86 artiklan 1 kohdan sisältämä kielto koskee siis julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät yksinoikeuksia tai erityisoikeuksia.

[181] Ks. asia C-158/96, *Kohll*.

[182] Esimerkiksi atk-järjestelmän toteuttamiseen tarvittavat välineet sekä kyseisen järjestelmän suunnittelu ja käyttö mahdollistavat sen, että julkinen valta voi toteuttaa sille kuuluvia tehtäviä, eivätkä ne sinänsä ole julkista palvelutoimintaa. Asia C-3/88, *komissio vs. Italia*, k. 26.

Sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan julkisen palvelun tehtävän antaminen sisältää sopimuksen, joka täyttää yksityisoikeudellisen sopimuksen tunnusmerkit. Sopimus sisältää kyseiset perustamissopimuksen mukaiset taloudelliset palvelut ja siten samalla palveluhankintadirektiivin palvelua koskevan sopimuksen tunnusmerkit. Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisvastuu kuuluu tavanomaisimmin kunnille. Kun kunta päättää järjestää palvelun ostopalveluna, on kunnan määriteltävä palvelutarve sosiaalilainsäädännön mukaisesti ottaen huomioon palveluun liittyvät julkisen palvelun vaatimukset. Julkisyhteisön tehtävänä on määritellä sopimuksen sisältämä palvelu siten, että se täyttää kokonaisuudessaan asianomaisen lainsäädännön vaatimukset. Sopimus ei näin ollen periaatteiltaan eroa hankintadirektiivin tarkoittamasta ”normaalista” sopimuksesta.

Julkisen palvelun piirteiden sisällyttämisellä tarjouspyyntöön on suurempi merkitys, jos palvelun järjestäminen tapahtuisi kuntaa suuremman alueellisen yksikön toimesta, mahdollisesti jopa maan kattavasti. Näitä palveluja voisi olla esimerkiksi pienten potilasryhmien tarvitsema erityishoito. Palvelun tuottaminen voisi tapahtua myös perustuen palvelun tuottajalle annettavaan toimilupaan, jossa palvelua koskevat alueelliset ja sisällölliset vaatimukset asetettaisiin.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntö ei aseta estettä sille, että lainsäädäntö itsessään sisältää sellaisia pakottavia syitä, joilla ulkomainen palveluntarjonta estyy. Perusteiden tulisi olla 46 artiklan hyväksymiä, jolloin ulkomaalaisiin sovellettaisiin erityssääntelyä yleisen järjestyksen tai turvallisuuden taikka kansanterveyden perusteella. Sovellettavaksi tulisi silloin 45 artiklaan sisältyvä määräys, jonka mukaan perustamissopimuksen sijoittautumisvapautta ja 55 artiklan viittaussäännöksen johdosta myös palvelujen liikkuvuutta koskevan luvun määräyksiä ei jäsenvaltiossa sovelleta toimintaan, joka jatkuvasti tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön kyseisessä jäsenvaltiossa. Näiden rajoitusten tulisi kuitenkin kohdistua yhtä lailla oman maan kansalaisiin.

Kun kysymys on sosiaali- ja terveyspalvelun tuottamisesta, eikä sen järjestämisen viranomaistehtävästä, ei ole olemassa perusteltuja syitä toisesta jäsenmaasta olevien palveluntarjoajien asettamiseen eri asemaan oman maan palveluntarjoajiin nähden. Tämä on huomioitu jo nyt elinkeinolaissa, eikä sosiaali- ja terveysalaa koskeva yleis- ja erityislainsäädäntökään poikkea periaatteesta.[183] Näin ollen tämän jälkeen on kyse siitä, miten varmistetaan diskriminoinnin kiellon toteutuminen.

---

[183] Asia C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda ym*. Oman maan henkilöiden tai oikeushenkilöiden asettamista erityisasemaan palvelujen tuottajana ei voida perustella sillä, että erilainen kohtelu perustuisi yleisen edun turvaamiseen liittyviin pakottaviin syihin. Kun yleisen edun edellyttämät syyt on otettu huomioon jo kansallisessa lainsäädännössä, ne koskevat erotuksetta kaikkia palvelujen tarjoajia. Ks. k. 13.

Hankintadirektiivi ja sen perusteella säädetty hankintalaki sääntelevät hankinnassa sovellettavia menettelytapoja, mutta eivät välittömästi sitä, millä tavoin julkinen palvelutehtävä ja siihen mahdollisesti liittyvä erityis- tai yksinoikeus tulisi antaa. Hankintadirektiivin määräykset eivät ennalta ilmoittamisen tai kilpailuttamisen menettelytapojen osalta muutoinkaan koske sosiaali- ja terveyspalveluja. Aikaisemmin voimassa olleen palveluhankintadirektiivin 92/50/ETY kahdeksannen perustelukappaleen mukaan direktiiviä ei sovellettu, mikäli palvelujen suorittaminen tapahtuu muilla, kuten lakien, asetusten tai työsopimusten perusteella. Uuden hankintadirektiivin 1 artiklan 2 a kohdan perusmääritelmä palveluhankintasopimuksesta vastaa tätä direktiiviä edeltäneen palveluhankintadirektiivin määritelmää, joten direktiivin periaatteellisessa soveltamisalassa ei ole tapahtunut muutosta.

Vaikka tietyt palveluja koskevat sopimukset eivät kuulu hankintadirektiivien soveltamisalaan, niitä tekevien hankintayksiköiden on noudatettava perustamissopimuksen perustavanlaatuisia oikeussääntöjä, kuten 49 artiklan palvelun tarjonnan perusvapautta ja erityisesti siihen sisältyvää *kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa* koskevaa periaatetta. Tämä edellyttää *avoimuusvelvollisuutta*, jotta viranomaiset voivat varmistua syrjintäkiellon periaatteen noudattamisesta. Periaatteet tulevat sovellettavaksi myös tilanteessa, jossa palvelutehtävä annetaan toimiluvan perusteella.[184] Julkista palvelutehtävää koskevassa tehtäväksiannossa ei palvelun suorittajalle siirretä viranomaiselle kuuluvaa valtaa tilapäisesti taikka pysyvästi, jolloin palvelun tarjontaa koskevia määräyksiä ei 45 artiklan johdosta sovellettaisi.[185]

Diskriminointikiellosta seuraa, etteivät jäsenvaltiot saa pitää voimassa sellaista kansallista lainsäädäntöä, joka tekee mahdolliseksi sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamista koskevan tehtävänannon, toisin sanoen kyseistä palvelua koskevan sopimuksen tekemisen suoraan jonkin palvelun tuottajan kanssa. Silloin rikottaisiin yhteisön oikeuden vapausperiaatteita ja johtavia soveltamisen periaatteita. Tämä johtopäätös on tehtävissä myös yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisussa *Parking Brixen* C-458/03 ilmaisemilla perusteilla. Ratkaisun mukaan jäsenvaltiot eivät saa pitää voimassa sellaista kansallista lainsäädäntöä, joka tekee mahdolliseksi julkisia palveluita koskevan käyttöoikeussopimuksen tekemisen ilman kilpailuttamista, koska tällaisella sopimuksentekomenettelyllä rikotaan 43 tai 49 artiklaa tai loukataan yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteita.[186]

---

[184] Edellä käsitellyt asiat C-324/98, *Teleaustria* ja C-275/98, *Unitron Scandinavia.* Viimeksi mainittu koski yksinoikeuden myöntämistä julkisen palvelutehtävän hoitamiseksi.

[185] Ks. asia C-264/03, *komissio v. Ranska*, k. 65 ja 69. Ratkaisussa sovellettiin palveluhankintadirektiiviä 92/50/ETY.

[186] Asia C-458/03, *Parking Brixen GmbH*, k. 51 ja 52.

Myös käyttöoikeussopimukset jäivät tuolloin voimassa olleen palveluhankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Jos kansallinen lainsäädäntö antaisi mahdollisuuden palvelun antamiseen ilman kilpailutusta, rikottaisiin 43 ja 49 artiklaa tai loukattaisiin yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteita. Hankintalaki tai muukaan kansallinen sosiaali- ja terveyspalvelun järjestämistä koskeva lainsäädäntö ei sisällä tällaisia säännöksiä.

Hankintalaki edellyttää kilpailutettavaksi myös sosiaali- ja terveyspalveluhankinnat, mikäli niiden arvo ylittää kyseisille palveluille vahvistetun kynnysarvon. Tällä on lain 1 §:n sisältämän lain tarkoituksen mukaisesti tarkoitus mm. turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailussa. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskevat hankintadirektiivin säännökset, sikäli, kun hankinnan arvo on enintään EU-kynnysarvon suuruinen, eivät edellytä kilpailuttamista. Kansalaisuuteen perustuvan diskriminointikiellon vastaista olisi kuitenkin menettely, jossa toisesta jäsenmaasta tulevat tarjoajat tai tarjoukset asetettaisiin eri asemaan oman maan kansalaisten kanssa.[187]

Periaatteellisessa tarkastelussa sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan julkisen palvelutehtävän antamisessa syntyy hankintadirektiivin mukainen hankintasopimus, jolloin kansallista lainsäädäntöä tulee soveltaa myös toisen jäsenmaan kansalaisiin ja yrityksiin. Hankintasopimusta ei syntyisi, mikäli järjestö toteuttaisi 45 artiklan mukaisesti julkisen vallan tehtävää, jolloin sen tulisi olla myös kokonaan julkisen vallan kontrolloima ilman omaa toiminnallista riskiä.[188] Lähtökohtana on tässäkin yhteydessä se, ettei jäsenvaltio voi asettaa toisen jäsenvaltion kansalaiselle tai oikeushenkilölle muunlaisia vaatimuksia kuin se asettaa oman maan kansalaisille tai oikeushenkilöille syyllistymättä kiellettyyn diskriminointiin. Sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamista koskevat vaatimukset sisältyvät kyseisiä palveluja koskevaan erityislainsäädäntöön, jonka vaatimukset palvelun tuottajan tulee täyttää.[189] Sanottu koskee myös hankinnan menettelytapaa koskevaa hankintalainsäädäntöä.

Kuten hankintasääntöjen käsittelyn yhteydessä on edellä todettu, yhteisön tason avoimuusvelvoitteen mukaisesta yhteisön laajuisesta julkistamisvelvoitteesta on voitava poiketa silloin, jos kyseinen ilmoittelu olisi suhteeton toimenpide

---

[187] Direktiivin sisältöön perustuva johtopäätös vaikuttaa sinänsä kummalliselta, kun sosiaali- ja terveyspalvelut jätetään muutoin kansallisiksi hankinnoiksi. Vaikka sopimus kyseistä palveluista voidaan direktiivin mukaan tehdä noudattamatta sen menettelytapasäännöksiä, tulisi hankinnoissa noudattaa teknisiä eritelmiä koskevia määräyksiä ja tehdyistä sopimuksista ilmoittaa. Ymmärrettäväksi teknisten eritelmien ja jälki-ilmoituksen vaatimuksen tekee se, että ne antavat mahdollisuuden uusille tarjoajille tulevaisuudessa ja toteuttavat avoimuusperiaatetta myös direktiivin ulkopuolelle nykytilassa jäävissä hankinnoissa. Säännökset ovat sekavat.

[188] Ks. yhdistetyt asiat C-223/99 ja C-260/99, *Agorà Srl*, k. 40.

[189] Asia C-33/74, *van Binsbergen*, k. 10.

kilpailuttamisella saavutettaviin hyötyihin nähden. Kuitenkin, mitä todennäköisempää on, että toisessa jäsenmaassa rekisteröitynyt yritys voisi sijoittautua palvelujen tarjoajaksi Suomeen, sitä perustellumpaa on vaatimus yhteisön tasoisesta hankinnasta ilmoittamisesta. Todennäköisyyttä arvioitaessa huomioon otettavana tekijänä on siten mm. hankinnan taloudellinen arvo. Palvelujen tuottajalle asetettava vaatimus sijoittautua maahan, jossa palvelut vastaanotetaan, perustuu esimerkiksi kohtuullisista etäisyyksistä johtuviin käytännöllisiin perusteisiin ja toisaalta siihen, että sijoittautuminen tekee mahdolliseksi valvoa kansallisen sosiaalilainsäädännön vaatimusten noudattamista.

Julkisen palvelun tehtävän hoitamiseksi annettavaan rahoitukseen ei sovelleta perustamissopimuksen 87 artiklan julkisia tukia koskevia määräyksiä, jos julkisen palvelun tehtäväksi annossa ja rahoituksen määrittelyssä sekä tietojen avoimuudessa noudatetaan yhteisöjen tuomioistuimen *Altmark Trans* -tapauksessa linjaamia ehtoja. Julkisen palvelun suorittamisesta määräytyvä kustannusten taso määräytyy tarjouskilpailun perusteella. Tarjouskilpailu sellaisenaan poistaa jo sen mahdollisuuden, että kyse olisi kielletystä selektiivisestä julkisesta tuesta.[190] Valtion halu tukea tällaista hankintaa osoittaa pelkästään sen, että edistääkseen yhteiskunnan sosiaalista intressiä se maksaa hankintaan liittämistään vaatimuksista.[191] Tuomioistuimen ratkaisun perusteella komissio on täsmentänyt edellytykset erityisessä 86 artiklan 2 kohdan yleishyödyllisestä palvelusta ja sen rahoituksesta antamassaan päätöksessä.[192] Järjestö ei saa valtion varoista tulevasta avustuksesta mitään erityistä taloudellista etua.[193] Kirjanpitovelvollisuudesta ja sen avoimuudesta on määräykset samassa yhteydessä täsmennetyssä avoimuusdirektiivissä 80/723/ETY.

Edellä todettu johtopäätös, jonka mukaan myös sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan julkisen palvelun tehtävä tulisi avoimuusperiaatteen edellyttämällä tavalla saattaa kilpailuttamisen kohteeksi, on selvästikin ristiriidassa nykyisin yhteiskunnassamme olevan yleisen järjestöjen asemasta olevan käsityksen ja oikeustajun kanssa silloin, kun järjestöt toimivat sosiaali- ja terveyspalveluissa. Eräät järjestöt toteuttavat käytännössä julkisen palvelun tehtävää, vaikka sitä ei olekaan niille annettu tässä tutkimuksessa perustellulla tavalla.[194] Oikeusjärjes-

---

[190] Asia C-280/00, *Altmark Trans,* k . 95. Ks. erityisesti 4. ehto.

[191] Arrowsmith katsoo *Altmark Trans* -ratkaisun analogian perusteella laajemmankin tulkinnan mahdolliseksi. Ratkaisu viittaisi siihen, että valtion tuesta ei ole kysymys yksinkertaisesti siitä syystä, että hankintasopimus suoritusehtoina käsittää sosiaalisia (tai ympäristöön liittyviä) piirteitä, kuten vammaisten henkilöiden palkkaamisen. *Arrowsmith*, 2005, s. 1268 ss.

[192] Komission päätös EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen.

[193] Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun (SGEI) rahoituksesta, *Arhold*, 2006, s. 218 ss.

[194] Esimerkkinä voidaan mainita eräät päihde-, invalidi- sekä lasten- ja perhehuollon järjestöt.

tyksen johdonmukainen soveltaminen johtaa kuitenkin edellä esitettyihin johtopäätöksiin ilman, että tulkinnassa olisi omaksuttu mitenkään erityistä ”puhdasoppisuutta”. Ristiriidan voi paikantaa tässäkin yhteydessä Euroopan yhteisön oikeusjärjestykseen, joka kohdistaa etusijavaikutuksensa myös kansalliseen sosiaaliturvajärjestelmään.[195]

[195] Tämän tutkimuksen ollessa jo viimeistelyvaiheessa julkaisi komissio käsityksensä yhteisön sääntöjen soveltamisesta sosiaalipalvelujen alalla. Komission tiedonannossa ilmaisemat näkökohdat mahdollisuudesta soveltaa perustamissopimuksen 43 ja 49 artiklaa sekä niihin liittyen avoimuuden ja syrjimättömyyden periaatetta sosiaalipalvelujen järjestämisessä vastaavat tässä tutkimuksessa esitettyjä johtopäätöksiä. Ks. Komission tiedonanto, Yhteisön Lissabon-ohjelman täytäntöönpano: Yleishyödylliset sosiaalipalvelut Euroopan unionissa, 26.4.2006 KOM(2006) 177 lopullinen, s. 6 ss.

VI
KOKOAVAT JOHTOPÄÄTÖKSET JA POHDINTAA

Tämän tutkimuksen tavoitteena on ollut selvittää Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista arpajaislain (1047/2001) ja avustuslain (1056/2001) perusteella avustuksia saavien sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellista asemaa. Järjestöjen asemaa on tarkasteltu siinä tilanteessa, jossa kunnat järjestävät asukkailleen sosiaali- ja terveyspalveluja ostopalveluina. Tutkimuksen kuluessa on pyritty hakemaan vastauksia siihen, voivatko järjestöt sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä jatkaa kuntien kanssa luontevaksi koettua verkostomaista, keskinäiseen sopimiseen perustuvaa yhteistoimintaa. Muussa tapauksessa kuntien ja järjestöjen yhteistoiminnassa tulee noudattaa niitä sääntöjä, joita sovelletaan kuntien hankkiessa palveluja yrityksiltä. Edellä olevaan tutkimustavoitteeseen on liittynyt olennaisena osakysymyksenä se, onko palvelujen järjestämiseen mahdollista osoittaa tulevaisuudessakin varoja Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista, erityisesti silloin, kun kunnat hankkivat sosiaali- ja terveyspalveluja kilpailuttamalla. Tutkimus on rajattu koskemaan vain yhdistyslaissa (503/1989) tarkoitettuja yhdistyksiä.

Tutkimuksen tavoite on kiinnitetty peruskysymykseen, miten hankintamenettely toteuttaa perustuslain 19 §:n 3 momentissa jokaiselle annettua turvaa riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin. Samalla on tarkasteltu voittoa tavoittelemattomien järjestöjen oikeudellista asemaa kyseisten perusoikeuksien toteuttamisessa. Tutkimuksessa on pyritty arvioimaan sitä, millä tavoin sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintamenettelyä koskevaan sääntelyyn vaikuttavat myös muut julkisen vallan turvaamistehtäväksi määrätyt perusoikeudet, kuten 13 §:n 2 momentin yhdistymisvapaus ja 18 §:n 1 momentin elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapaus. Sen lisäksi, että perusoikeuksien toteutumista on arvioitu Suomen perusoikeusjärjestelmän kannalta, on tutkimuksessa selvitetty, mitä erityisiä vaatimuksia ja rajoituksia Euroopan yhteisön oikeus asettaa perusoikeuksien toteuttamiselle ja järjestöjen asemalle. Olisiko aatteellisilla ja yleishyödyllisillä järjestöillä edellä todetuista lähtökohdista tarkastellen erityisasema palvelujen tuottajina?

Yleisenä huomiona voidaan todeta, ettei Euroopan yhteisö luonteeltaan taloudellisena liittona ei vielä pitkään aikaan perustamisen jälkeen myöntänyt perusoikeuden asemaa kansalais- ja poliittisille eikä myöskään sosiaalis-taloudellisille oikeuksille, vaan ainoastaan markkinoiden perusvapauksille eli tavaroiden, palvelujen, pääomien ja työvoiman vapaalle liikkuvuudelle. Vuonna 2000 hyväksytyn Amsterdamin sopimuksen perusteella lisättiin Euroopan yhteisön perustamissopimukseen 6 artiklan 2 kohta, jonka mukaan unioni pitää arvossa perusoi-

keuksia yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina, sellaisina kuin ne taataan Euroopan ihmisoikeussopimuksessa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä. Lisäys ei ole ainakaan vielä johtanut siihen, että sosiaalisten perusoikeuksien asema olisi voitu määritellä yksiselitteisesti markkinoiden toimintaan liittyvien perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien suhteen.

Tulevaisuuden hyvinvointivaltion toteuttamista Suomessa ohjaa nyt lainsäädäntö, jonka lähtökohdat ovat peräisin 1960-luvulta. Tätä perustaa voidaan katsoa kehitetyn erityisesti 1990-luvulla ns. suoritetalouden mallin pohjalta. Tässä mallissa julkisten palvelujen järjestämisessä tärkeää on hallita käytettävät panokset. Käytännössä ammattilaisten tehtävänä oli jakaa niukat verovarat ja käyttäjän tuli kunnioittaa auktoriteettien päätöksiä. Piirteet voidaan löytää selvimmin hyvinvointipalvelujen järjestämistä koskevasta lainsäädännöstä, sillä yksityisten yritysten tarpeellisuuden korostaminen ja pyrkimys kuluttajan nostamisesta itsenäisempään rooliin, ovat esimerkkejä yritysmäisen toimintalogiikan omaksumisesta. Tavoitteena on ollut erottaa myös julkisten yhteisöjen sisällä tilaajat ja tuottajat, sekä tuotteistaa palvelut, jotta niillä voitaisiin käydä kauppaa ja mitata sovitun ”palvelu-urakan” onnistumista.[1]

Myös julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön voidaan katsoa perustuvan edellä todettuun malliin. Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä tämän mallin periaatteellisia piirteitä oli oikeusjärjestyksessämme omaksuttu jo huomattavasti ennen Suomen liittymistä Euroopan talousyhteisöön vuonna 1994. Kyseisen alan lainsäädäntöä kehitettiin johdonmukaisesti siten, että palvelujen markkinaehtoinen tuottaminen tuli mahdolliseksi. Voimassa olevaa oikeutta noudattaen sosiaali- ja terveyspalveluissa onkin varsin vaikeaa toteuttaa vaatimusta kilpailun eliminoimisesta.

Edellä esitettyjen yleisten havaintojen jälkeen järjestöjen aseman paikantamiseksi on näissä kokoavissa johtopäätöksissä pyrkimys yhdistää tutkimuksen sisältämät erilliset, järjestöjen, julkisen vallan yksiköiden ja yritysten toimijanäkökulmat. Tarkoituksena on muodostaa käsitys sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellisesta tilasta sellaisena kuin se tutkimuksen mukaan määräytyy Euroopan yhteisön ja kansallisen oikeuden perusteella. Samalla myös tutkimuksen tekijällä on mahdollisuus esittää, ei vain näkemyksiä siitä, millaiseksi voimassa oleva oikeus määrittelee kunkin tutkimuksen piiriin kuuluvan toimijan aseman, vaan myös pohdintaa siitä, millainen sen ehkä pitäisi olla.

---

[1] Ks. Sitran raportti Yksilön ääni, Hyvinvointivaltio yhteisöjen ajalla, *Mokka – Neuvonen*, s. 85.

1 Perusoikeuksien toteutumisen vastuu

1.1 PERUSOIKEUSJÄRJESTELMÄ

Perustuslakia uudistettaessa asetettiin sisällölliseksi vaatimukseksi se, että julkisen vallan käyttöä sekä julkisen vallan ja yksilön välisiä suhteita koskevat valtiolliset perusratkaisut ilmenisivät kattavasti perustuslaista. Siten perustuslain ajatuksena on, että kaikki julkisen vallan käyttö on voitava johtaa perustuslaista, vaikka siinä ei voidakaan säännellä julkisen vallan käytön yksityiskohtaista järjestämistä. Perustuslain tulisi säännellä kaikkia keskeisiä julkisen vallan käytön mekanismeja ja muita valtiollisia perusratkaisuja. Tämän täydellisyysperiaatteen toteutumisessa merkittävän ongelman koettiin syntyvän ylikansallisen päätöksenteon merkityksen korostumisesta. Ongelmia tässä suhteessa on syntynyt mm. Euroopan yhtenäistymiskehityksestä (ks. HE 1/1998 vp, s. 6). Perustuslain täydellisyysperiaatteen toteutumisen idea on ollut yhtenä ohjaavana tausta-ajatuksena myös tässä tutkimuksessa.

Perustuslain 22 §:n mukaan julkisen vallan tehtävänä on turvata perusoikeuksien ja ihmisoikeuksien toteutuminen. Valtio sekä kunnat ja kuntayhtymät viranhaltijoineen ja päätöksentekoelimineen ovat tässä tehtävässä keskeisimmät velvoitetuiksi tulevat tahot. Perusoikeussäännökset kohdistuvat ensisijaisesti lainsäätäjään, jonka omaan lainsäädäntötyöhön ne muodostavat sekä velvoitteita että rajoitteita.

Noudattaessaan eduskunnan säätämän lain selvää ja yksiselitteistä säännöstä niin viranomaisten kuin kansalaistenkin tulisi voida luottaa siihen, että he noudattavat parlamentaarisessa järjestyksessä päätettyjä yhteiskunnan yhteisiä pelisääntöjä. Säännökset ovat kuitenkin harvoin yksiselitteisiä, jolloin niiden tulkinnassa on mahdollista tukeutua, kuten tässä tutkimuksessa on tehty, perusoikeusmyönteiseen tulkintaan.

Sosiaali- ja terveyspalvelut sisältyvät perusoikeuksina perustuslain 19 §:ään. Sen 3 momentin mukaan julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. Perusoikeussäännöksistä voidaan johtaa lainsäätäjään kohdistuvia aktiivisia toimintavelvoitteita lainsäädännön kehittämiseksi siten, että myös perustuslain 19 §:n 1 momentissa subjektiivisena oikeutena taattu oikeus ihmisarvoisen elämän edellyttämään välttämättömään toimeentuloon ja huolenpitoon tulee turvatuksi.

Jokaisella on oikeus ilman lupaa perustaa yhdistys, kuulua tai olla kuulumatta yhdistykseen. Perustuslain 13 §:n 2 momentin sisältämänä perusoikeutena myös

tämä vapausoikeus kuuluu julkisen vallan turvaamistehtävän piiriin. Säännökset yhdistymisvapaudesta on säädetty yhdistyslaissa (503/1989), jonka 1 §:n mukaan yhdistyksen saa perustaa aatteellisen, mutta ei taloudellisen tarkoituksen yhteistä toteuttamista varten. Viimeksi mainitussa tapauksessa yhdistystä ei voida yhdistyslain vastaisena merkitä yhdistysrekisteriin. Yhdistyslaki ei sellaisenaan edellytä, että yhdistyksen toiminnan tulisi olla myös yleishyödyllistä. Kuitenkin tämän tutkimuksen piiriin kuuluvilta sosiaali- ja terveysjärjestöitä yleishyödyllisyyttä edellytetään, sillä arpajaislain 22 §:n 1 momentin mukaan mainittu piirre on raha-automaattiavustuksen myöntämisen edellytyksenä.

Julkisen vallan turvaamistehtäviin kuuluu myös perustuslain 18 § 1 momentin sisältämän vapausoikeuden eli elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuden turvaaminen. Sen 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus lain mukaan hankkia toimeentulonsa työllä, ammatilla tai elinkeinolla. Elinkeinon harjoittamisen oikeudesta annettu laki, elinkeinolaki (122/1919), on perusta yritystoiminnan harjoittamiselle. Elinkeinotoimintaa voidaan harjoittaa myös sosiaali- ja terveyspalveluissa.

Suomi jakaantuu perustuslain 121 §:n mukaisesti kuntiin, joiden hallinto perustuu kunnan asukkaiden itsehallintoon. Kunnan perustuslakiin nojautuvan itsehallinnon tarkoituksena on kuntalain 1 §:n 3 momentin mukaan pyrkiä edistämään asukkaittensa hyvinvointia ja kestävää kehitystä alueellaan. Kuntalain (365/1995) 2 §:n 1 momentin mukaan kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamansa tehtävät ja sille laissa säädetyt tehtävät. Kunnan päätösvaltaa käyttää kuntalain 1 §:n 2 momentin mukaan sen asukkaiden valitsema valtuusto.

Julkisen vallan turvaamis- tai edistämisvelvollisuuden muotoon kirjoitetut taloudellisia, sosiaalisia ja sivistyksellisiä oikeuksia koskevat säännökset ulottavat vaikutuksensa kuntiin vain sikäli kuin kunnille on lailla annettu oikeuksien toteuttamisen kannalta merkityksellisiä tehtäviä. Kun tehtävä on lailla uskottu kunnan tehtäväksi, vastaa kunta osaltaan perusoikeuden asianmukaisesta toteuttamisesta.

Perustuslain 19 §:n sisältämä perusoikeuden toteuttamisvastuu on määrätty kuntien tehtäväksi sosiaali- ja terveydenhuollon yleis- ja erityislainsäädännöllä. Niinpä mm. sosiaalihuoltolain (710/1982) 5 §:n 1 momentin mukaan kunnan on pidettävä huolta sosiaalihuollon suunnittelusta ja toteuttamisesta sen mukaan kuin kyseisessä laissa on säädetty, ja vastaavasti kunnan on kansanterveyslain 5 §:n mukaan pidettävä huolta kansanterveystyöstä sen mukaan kuin kyseisessä laissa tai muutoin säädetään tai määrätään. Kunnat voivat kuntalain perusteella yhdessä huolehtia kansanterveystyöstä perustamalla tätä varten kuntayhtymän. Kuntalain mukaan kunta voi edellä mainitun lainkohdan mukaan sopia myös toisen kunnan kanssa siitä, että tämä hoitaa osan kansanterveystyön toiminnoista.

Kunta voi sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain (733/92) 4 §:n 1 momentin 4 kohdan sisältämien vaihtoehtojen mu-

kaisesti uskoa palvelun tuottamisen myös kunnan ulkopuolisen tahon tehtäväksi. Kunta voi säännöksen perusteella järjestää sosiaali- ja terveyspalvelut myös ostopalvelusopimuksin yksityisiltä ja toisilta julkisyhteisöiltä. Ostopalveluja hankkiessaan kunta ei kuitenkaan voi siirtää viranomaisvastuutaan yksityiselle taholle. Tähän vastuuseen kuuluu viimesijainen vastuu lain mukaisten palvelujen saatavuudesta ja palvelujen riittävästä laadusta. Palvelujen *tuottamisvastuun* siirtäminen järjestöille on siten mahdollista, kunhan järjestelyssä noudatetaan voimassa olevaa lainsäädäntöä, esimerkiksi hankintalakia.

Perusoikeusjärjestelmän mukaan kunnat eivät voisi perustaa ratkaisujaan miltään osin siihen, että kuntien sijasta kolmannen sektorin järjestöt vastaisivat sosiaali- ja terveyspalvelujen *järjestämisestä*. Olisi tosin mahdollista ajatella siten, että yhdistyksen toiminnasta säädettäisiin lailla, jolla yhdistykselle siirrettäisiin viranomaisen vastuulla olevia tehtäviä. Lailla säätämisen jälkeen tällaisen yhdistyksen toiminta ei kuitenkaan enää kuuluisi yhdistyslain soveltamisalaan lain 2 §:n 2 momentin johdosta.[2] Perusoikeusjärjestelmä ei sinällään estä kuntia palvelujen riittävyyttä määritellessään ottamasta vastuutaan vähentävänä huomioon sitä, että järjestöt jo vapaaehtoisesti tuottavat niiden järjestämisvastuulla olevia palveluja. Oikeudellisia jännitteitä on ollut kuitenkin havaittavissa Raha-automaattiyhdistyksen tuottojen käyttöä sääntelevän avustuslainsäädännön ja sosiaali- ja terveyspalvelujen rahoitusta koskevan lainsäädännön välillä ja sitä kautta järjestöjen ja kuntien oikeudellisesti määräytyvien tehtäväroolien välillä.[3]

Yhdistyslain edellyttämä aatteellisuus voi toteutua myös silloin, kun yhdistys perustetaan tarkoituksenaan sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottaminen. Tämä tapahtuu sillä edellytyksellä, että toiminnalla on aatteellinen arvopohja, esimerkiksi tarkoituksena on edistää kohtuuttomissa elinolosuhteissa olevien kansalaisten ihmisarvoista asumista. Yhdistyslaki ei sen sijaan lain 2 §:n 1 momentin mukaan koske yhdistyksen perustamista sellaisen toiminnan harjoittamista varten, jonka tarkoituksena on voiton tai muun välittömän taloudellisen ansion hankkiminen siihen osallisille taikka joka muuten on pääasiallisesti taloudellista

---

[2] Esimerkkinä tällaisesta julkisoikeudellisesta yhdistyksestä voidaan mainita Raha-automaattiyhdistys.

[3] Vrt. *Myllymäki – Tetri*, s. 291. Myllymäen ja Tetrin mukaan perustuslain 22 §:n julkiseen valtaan ulottuvaa perusoikeuksien turvaamisvelvoitesäännöstä on mahdollista lain esitöiden valossa tulkita niin, että se koskee myös Raha-automaattiyhdistystä, jonka hallitus päättää avustustoimintaa koskevista linjauksista ja laatii jakoehdotuksen valtioneuvostolle. Vaikka Raha-automaattiyhdistys ei ole sinänsä vastuussa sosiaalisten oikeuksien toteutumisesta, tulee sen avustustoimintaa suunnitellessaan ja jakoehdotusta valmistellessaan ottaa reunaehtona huomioon sosiaalisia oikeuksia koskevat perusoikeussäännökset ja niiden toteutuminen maassamme. Kirjoittajien esittämä johtopäätös Raha-automaattiyhdistyksen avustustoiminnasta ja julkisen vallan vastuusta on lähtökohtaisesti perusteltu myös tämän tutkimuksen mukaan. Kirjoittajat eivät kuitenkaan tarkastele oikeusjärjestystä sen johdonmukaisuuden kannalta. Myös kilpailusäännösten (ml. hankintasäännökset ja julkiset tuet) jäävät tarkastelussa vähäiseen osaan.

laatua. Vaikka tämä yhdistyslain sisältämä rajaus on varsin kattava, ei toiminnan taloudellisen sisällön (esimerkiksi palveluasuntojen vuokraamisen) ole katsottu sellaisenaan tekevän yhdistyksen toiminnasta yhdistyslain vastaista.

Oikeusjärjestyksemme lähtökohtien perusteella moraalis-eettinen vastuu yksilöiden sosiaalisten perusoikeuksien toteutumisesta kuuluu kuntien asianomaisille päätöksentekijöille, ei sen sijaan yrityksille. Aatteellisten järjestöjen tehtävänä voidaan katsoa olevan, että ne luovat kunnan päätöksentekijöitä kohtaan vaatimuksia yksilöiden oikeuksien toteuttamisesta ja vasta toissijaisesti pyrkivät ottamaan itse vastuuta esimerkiksi kunnille laissa säädetyistä velvoitteista.

Elinkeinon ja ammatin harjoittamisen voidaan katsoa perustuvan ajatukseen itsekkäästä taloudellisesta toimijasta, joka tuottamalla esimerkiksi sosiaali- tai terveyspalveluja hankkii varoja itselleen tai läheisilleen tuntematta vastuuta sosiaalisen oikeudenmukaisuuden toteutumisesta. Tätä voidaan pitää yleisenä eurooppalaisen markkinatalouden ideologisena lähtökohtana. Yritystoiminnastakaan filantrooppinen vastuu ei ole poissuljettu, jos yritykset tätä haluavat ja siihen on käytännön markkinatilanteessa mahdollisuuksia.

Edellä kuvattu vastuunjako on omiaan muodostamaan jännitteitä yritysten tavoitteiden ja viranomaisten vastuun välille. Yritysten vastuu määräytyy niiden ehtojen perusteella, jotka sisältyvät kunnan ja palvelujen tuottajaksi valitun yrityksen välillä solmittuun sopimukseen. Kunnalla on viranomaisvastuu myös palvelutoiminnan kuluessa siitä, että sopimus toteuttaa kunnan asukkaille turvattuja oikeuksia määränsä ja laatunsa puolesta.

Hankintalain tulisi toteuttaa välineellisesti myös sosiaali- ja terveyspalvelujen hankinnoissa kunnalle määrättyä järjestämisvastuuta. Tämä ilmenee hankintalain 1 §:stä, jonka mukaan lain tavoitteena on *edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä*. Samalla lainkohdan sisältämänä ja mainitussa laissa ensiksi esille tuotuna tavoitteena on julkisten varojen käytön tehostaminen. Nämä tavoitteet ovat omiaan synnyttämään jännitteitä myös järjestön ja kunnan väliseen suhteeseen. Järjestö saattaa joutua kilpailuttamiseen osallistuessaan omaksumaan käytännössä yrityksen kaltaisen tehtäväroolin, erityisesti silloin, kun kunta painottaa muita kuin aatteellisen järjestöideologian mukaisia tavoitteita, esimerkiksi varojen säästöä.

1.2 PERUSOIKEUDET JA EY:N OIKEUS

Yhteisöjen tuomioistuin on vahvistanut yleisenä oikeusperiaatteena elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden sekä yhdistymisvapauden osaksi yhteisön oikeutta. Yhteisö ei ole sidottu välttämättä jokaisen jäsenmaan perusoikeuksiin sellaisenaan. (Perusoikeuksista EY:n oikeuden soveltamisessa osa I, luku 5.2.4).

Yhteisöjen tuomioistuimen niukan oikeuskäytännön vuoksi myös tässä tutkimuksessa on ollut suuria vaikeuksia löytää kestävä tulkinta perusoikeuksien ja yhteisön perustamissopimuksen turvaamien taloudellisten vapaussoikeuksien välille. Erityisen kiinnostavaa olisi ollut löytää yksiselitteinen vastaus siihen kysymykseen, millä tavoin perustamissopimuksen vapausoikeudet, kuten palvelujen tarjonnan vapaus ja sijoittautumisvapaus, asettavat ehtoja perustuslaissa sosiaalisina perusoikeuksina turvattujen sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämiselle. Ehdottoman tulkinnan löytämisessä on epäonnistuttu.

Periaatteellisessa tarkastelussa kysymys tässä tutkimuksessa on sosiaalisen perusoikeuden, eli oikeuden riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin, sekä elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuden välisestä jännitteestä. Useimmiten ensimmäiseksi on syytä esittää kysymys, onko edellä mainittujen perusoikeuksien toteutumisessa olemassa todellinen ristiriita vai vain ideologinen näkemysero, joka haluaa kiistää demokraattisessa prosessissa säädetyn sinänsä pätevän lainsäädännön. Useimmissa tapauksissa ristiriita ei ole todellinen.

Kansallisen lain soveltamisongelmat ovat esillä tilanteissa, joissa yhteisön oikeus liittyy sosiaalisten perusoikeuksien toteutumiseen. Ongelmallisia ovat tapaukset, joissa sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvat palvelut ovat Euroopan yhteisön perustamissopimuksen tarkoittamia palveluja. Yhteisöjen tuomioistuimen varhaisten linjausten (*Internationale Handelsgesellschaft* C-11/70) mukaan perusoikeuksien suojaaminen on toteutettava yhteisön rakenteen ja tavoitteiden mukaisesti, eikä perustamissopimuksessa turvattua oikeutta vastaan voida vedota tuomioistuimessa kansallisen oikeuden – eikä perustuslain turvaaman perusoikeudenkaan perusteella. Näin siksi, että muutoin perustamissopimuksen nojalla annettu lainsäädäntö menettäisi yhteisöä koskevan luonteensa, ja itse yhteisön oikeudellinen perusta saatettaisiin kyseenalaiseksi.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön (esimerkiksi *Müller-Fauré* C-385/99) mukaan perustamissopimuksessa taattujen perusvapauksien toteuttaminen velvoittaa jäsenvaltiot mukauttamaan myös kansallisia *sosiaaliturvajärjestelmiään* ilman, että voitaisiin katsoa, että tällä tavalla loukataan niiden yksinomaista toimivaltaa. Hoitopalvelu ei nimittäin menetä luonnettaan palvelusuorituksena sen vuoksi, että kansallinen terveysviranomainen tai etuudet luontoissuorituksena myöntävä järjestelmä vastaa niistä. Tuomioistuimen ratkaisukäytännön perusteella perustamissopimuksen sisältämillä neljällä taloudellisella perusvapaudella on Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksessä selvästikin ylivertainen asema. Käytännössä yliote ilmenee esimerkiksi siinä, että perusoikeuksille voidaan asettaa pitkälle meneviä rajoituksia vain taloudellisiin perusvapauksiin kytkeytyvillä perusteilla tai että yhteisön oikeuden yksilöille luomien oikeuksien – perusoikeudet mukaan lukien – nauttiminen on sidottu taloudellisen toiminnan harjoittamiseen. Siten taloudellisesti ei-aktiivisten ihmisten asema EU:n (perus)oikeuksien subjektina on jäänyt epämääräiseksi.

Yhteisön oikeuden etusija merkitsee lähtökohtaisesti sitä, että yhteisön oikeuteen sisältyvien vapausperiaatteiden tullessa sovellettaviksi on esimerkiksi palvelun tarjonnan vapauden rajoitukselle oltava yhteisön oikeuden hyväksymät rajoitusperusteet (esimerkiksi *Schmidberger* C-112/00). Oikeuden periaatteellinen etusijajärjestys realisoituu tilanteessa, jossa sosiaalinen perusoikeus toteutetaan järjestämällä palveluja ostopalveluina. Jäsenvaltion on kyettävä osoittamaan, että sen perusoikeudeksi kansallisessa sosiaaliturvajärjestelmässä määrittelemä sosiaaliturva ei toteudu, ellei yhteisön oikeuteen liittyviä taloudellisia vapausoikeuksia rajoiteta.

Sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluvat myös kansalliseen sosiaaliturvajärjestelmäämme. Suomen perusoikeusjärjestelmässä on jo sellaisenaan otettu huomioon sitovien kansainvälisten sopimusten vähimmäistaso, joten esimerkiksi ihmisoikeussopimus ei aseta sosiaalisen turvan toteutumiselle nykyiseen perusoikeusjärjestelmään nähden lisävelvoitteita. Kansallinen viranomainen voi osana kansallista sosiaaliturvajärjestelmää määritellä yksilöille turvatun sosiaalisen suojan tason, joten viranomainen voi säätää yksilön suojaan kuuluvat oikeudet kattavammaksi kuin mitä jokin toinen jäsenvaltio on halunnut säätää (esimerkiksi *Sodemare* C-70/95, *Omega* C-36/02 ja *Euroopan parlamentti vs. unionin neuvosto* C-540/03). Määrittelyoikeuden perustuminen läheisyysperiaatteen mukaan kansalliseen päätösvaltaan on perusteltua siksi, että sosiaaliturvalla on tarkoitus toteuttaa kansallisia yhteiskuntapoliittisia arvoja.

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin (*Schmidberger* C-112/00 ja *Omega* C-36/02) sisältyy myös piirteitä, jotka antavat perusteita katsoa, että tavaroiden vapaalle liikkuvuudelle ja palvelujen tarjoamisen vapaudelle saattaa perusoikeusnäkökohdilla olla sallittua asettaa pitemmälle meneviä rajoituksia kuin muilla, perusoikeuksiin ankkuroimattomilla perusteilla. Tämä johtuu siitä, että perusoikeuskytkentäisten rajoitusten *paino* on suurempi kuin jonkin muu rajoitusperusteen. Perusoikeuden ehdoton painoarvo ilmenee siten, että Euroopan ihmissoikeussopimuksen takaama oikeus elämään tai kielto kohdella ja rangaista ihmisiä epäinhimillisellä tavalla ovat rajoittamattomia oikeuksia (*Schmidberger* C-112/00).

Edellä todettu perusoikeusnäkökohta toimii myös kansallisen perusoikeusjärjestelmän tulkintaperiaatteena jo siksikin, että perustuslain 1 §:n 2 momentin perusteella valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden, yksilön vapauden ja oikeudet. Lisäksi perustuslain 7 § turvaa jokaiselle perusoikeutena oikeuden elämään sekä henkilökohtaiseen vapauteen, koskemattomuuteen ja turvallisuuteen. Sen sijaan esimerkiksi sananvapautta koskeva oikeus ja oikeus kokoontua vapaasti rauhanomaisessa tarkoituksessa eivät ole ehdottomia oikeuksia, vaan ne on suhteutettava siihen tehtävään, joka niillä on yhteiskunnassa. Myös Suomen perusoikeusjärjestelmä kuvastaa perustuslailla maassamme omaksuttua arvojärjestelmää (HE 309/1993 vp, s. 15) ja niiden prioriteetteja.

Perustamissopimuksen 45 artiklan mukaan 43 artiklan sijoittautumisvapautta koskevia ja vastaavasti 55 artiklan viittaussäännöksen johdosta 49 artiklan palvelun tarjontaa koskevia määräyksiä ei sovelleta jäsenvaltiossa toimintaan, joka jatkuvasti tai tilapäisesti liittyy julkisen vallan käyttöön kyseisessä jäsenvaltiossa. Palvelujen tuottaminen itsessään ei ole julkisen vallan käyttöä, joten sosiaali- ja terveyspalvelujen julkisen vallan intressiin liittyvä palvelun luonne ei yksin riitä sulkemaan sosiaali- ja terveyspalveluja perustamissopimuksen ulkopuolelle. Perustamissopimuksen 45 artiklan poikkeus sijoittautumisvapaudesta ja palvelujen tarjoamisen vapaudesta on rajoitettava koskemaan vain toimintaa, johon jo sinänsä liittyy suora ja erityinen osallistuminen julkisen vallan käyttöön. Viranomaisen palvelun tuottamiseen liittyvän määräysvallan käyttäminen on julkisen vallan käyttöä. Palvelun tuottaminen ja viranomaisen vastuulla oleva järjestäminen tulee täten erottaa toisistaan.

Julkisen vallan vastuun piiriin kuuluvasta toiminnasta yhteisöjen tuomioistuimen (*komissio vs. Ranska* C-264/03) mukaan on kyse myös silloin, kun kyse on ”sisäisen” hallinnon rakenteesta. Tällä tuomioistuin tarkoitti sidosryhmähankinnassa (*in house* -hankinnassa) viranomaisen ja palvelun tuottajan välille muodostuvaa suhdetta. Siinä palvelun toteutus organisoidaan viranomaisvallan piirissä.

Mikäli viranomaisyksikölle kuuluva järjestämistehtävä olisi kokonaisuudessaan siirretty järjestölle, voitaisiin näin syntynyttä kunnan ja järjestön yhteistyötä luonnehtia sidosryhmäjärjestelyksi. Lisävaatimuksena olisi se, että pääosa toiminnasta tapahtuisi siirron tehneen kunnan lukuun. Suomessa järjestämisvastuun siirron tulisi tapahtua perustuslain 124 §:n mukaisesti ja siten laissa säädetyin edellytyksin. Yksityisoikeudellinen järjestö muuttuisi tällaisessa järjestelyssä luonteeltaan julkisoikeudelliseksi, joten julkisen vallan vastuun siirto yhdistyslain tarkoittamalle järjestölle ei ole mahdollista.

1.3 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUN JÄRJESTÄMISTAVAN VAIHTOEHDOT

Euroopan yhteisön oikeus tai kansallinen oikeus mukaan lukien julkisia hankintoja koskevat määräykset eivät uhkaa kuntien autonomista asemaa siten, että niiden tulisi hankkia palvelut oman organisaationsa ulkopuolelta. Päätös palvelujen järjestämistavasta on tehtävissä STVOL 4 §:n 1 momentin 4 kohdan mukaisten vaihtoehtojen puitteissa kunnan asianomaisen elimen – yleensä kunnanvaltuuston – toimesta, jonka päätöksentekoon kunnan asukkaat vaikuttavat kunnallisdemokratian toteutumista turvaavan lainsäädännön mukaisesti. Kunta voi päättää, hoitaako se palvelut itse, järjestääkö tehtävät sopimuksin yhdessä muun

kunnan taikka muiden kuntien kanssa, onko se tehtävien hoitamiseksi jäsenenä toimintaa hoitavassa kuntayhtymässä tai hankkiiko se palvelut valtiolta, toiselta kunnalta, kuntayhtymältä tai muulta julkiselta taikka yksityiseltä palvelujen tuottajalta. Saman lainkohdan mukaan kunta voi antaa palvelun käyttäjälle myös palvelusetelin.

Päättäessään järjestämistavasta kunta voi katsoa, ettei kilpailuttamalla hankittava sosiaali- tai terveyspalvelu toteuta sosiaalisiin perusoikeuksiin liittyviä arvoja. Näin tehdessään kunta panee syrjään tavoitteen kilpailuttamalla mahdollisesti saatavasta varojen säästöstä, tai arvioi, ettei niitä ole ylipäätänsä saatavissakaan. Päättäessään järjestää sosiaali- ja terveyspalvelut muuten kuin viranomaistyönä eli solmimalla palvelujen tuottamista koskevan sopimuksen yksityisen tahon kanssa, kunta astuu kilpailusääntöjen vaikutuksen piiriin. Eräissä tilanteissa syntyy tarve tarkastella sopimusjärjestelyä myös sisämarkkinasääntöjen valossa. Kunnan arvovalintaa edellä todetussa mielessä voidaan katsoa indikoivan jo se, että kunta järjestää sisäisen toimintansa tuottaja–tilaaja-mallin mukaan, vaikka se tällä tavalla haluaisikin vain tehostaa sisäistä toimintaansa yksikköjen roolijaon määrittelyllä.

Käytännössä syvällistä pohdintaa arvovalinnoista ei näytetä käytävän. Pragmaattiset syyt aiheuttavat usein sen, ettei kunnan päätöksenteossa pohdita valinnan ideologista perustaa. Kun palvelut hankitaan järjestöiltä, säästyvät kunnan varat ainakin osittain siksi, että kunta saa vastikkeetta käyttöönsä järjestön henkiset ja taloudelliset resurssit.[4]

1.4 JÄRJESTÖJEN ASEMA PERUSOIKEUKSIEN TOTEUTTAMISESSA

Jo sosiaalihuoltolain säätämisessä (KM 1971: A 25) linjattiin se, että suomalaisessa sosiaaliturvajärjestelmässä kunnat vastaavat palvelujen järjestämisestä. Yksityisten järjestöjen suurimman edun sosiaalihuollon periaatekomitea katsoi olevan siinä, että järjestöt kykenevät nopeasti tarttumaan uusiin ajatuksiin ja aloittamaan toiminnan kokeiluluonteisesti. Monet palvelut ovat aikanaan kehittyneet järjestöjen toimesta. Järjestöille tuli edelleen antaa mahdollisuus jatkaa aloittamaansa ja kehittämäänsä toimintaa. Niille tuli varata riittävästi edellytyksiä uusien työmuotojen aloittamiseen, ja tämä oli syytä ottaa huomioon esimerkiksi raha-automaattivaroja jaettaessa. Pidettiin luonnollisena ja jopa toivottavana, että sosiaaliturvapolitiikan eri asiakasryhmät järjestäytyvät ja siten pyrkivät

[4] Ks. Kauppa- ja teollisuusministeriö, Yritystoiminta ja kuntien ostopalvelut sosiaali- ja terveydenhuollossa, KTM, Julkaisuja 25/2006.

tuomaan esille näkemyksiään, ajamaan etujaan ja valvomaan viranomaisten toimintaa. Järjestöjen tehtävänä pidettiinkin edunvalvontaa ja palvelujen kehittämistä.

Täysin yksiselitteistä ja selkeää tehtäväroolin toteutusta ei komitea kuitenkaan kyennyt esittämään johtuen käytännön toimeenpanoon liittyvistä vaikeuksista. Käytännössä komitean työn jälkeenkin kuntien *palvelutuotantoa* ovat täydentäneet kolmannen sektorin järjestöt, vaikka oikeudellisesti palvelujen *järjestämisvastuuta* ja niiden rahoitusta ei olekaan ollut järjestöille ja sitä kautta Raha-automaattiyhdistyksen tuotonkäytölle tarkoitus missään vaiheessa sälyttää.[5]

Järjestöjen asema oli esillä myös säädettäessä vuoden 1982 sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annettua lakia. Järjestöjen tehtäviä koskevan kannan muodostaminen oli tuolloin tarpeen siksi, että uudistus teki mahdolliseksi myös ostopalvelut yksityisiltä toimintayksiköiltä, joten oli määriteltävä järjestöjen asema kyseisen lain soveltamisessa. Lakia koskeneen hallituksen esityksen (HE 101/1981 vp, s. 18) mukaan yksityisiä toimintayksiköitä ovat myös yksityiset yhdistykset ja säätiöt. Nämä määriteltiin esityksessä kuntien ostopalvelujen kannalta yritysten kanssa rinnasteiseen asemaan. Esimerkkeinä lain tarkoittamista palveluista esityksessä mainitaan yksityiset lasten päiväkoti-, lastenkoti-, kehitysvammahuolto-, invalidihuolto-, vanhainkoti- ja sairaalapalvelut.

Nykyinen perusoikeusjärjestelmä toteuttaa edelleen varsin selväpiirteisesti Sosiaalihuollon periaatekomitean (KM 1971: A 25) ja vuoden 1982 SVOL-uudistuksen linjauksia sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisvastuusta. Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisvastuu on julkiseen organisaatioon kuuluvilla yksiköillä.

Yhdistyslaki konkretisoi yhdistymisvapauden perusoikeuden siten, että yhdistys voidaan perustaa aatteellisen tarkoituksen toteuttamista varten. Aatteellista tarkoitusta toteuttaa selvästikin sellainen yhdistys, jonka tarkoituksena on jäsentensä tai tietyn kansalaisryhmän edunvalvonta. Tämä edunvalvonta voi ilmentyä myös siinä tilanteessa, jossa julkisen vallan koetaan huolehtivan puutteellisesti perusoikeuksien turvaamisesta.

Hankintalaki toteuttaa sosiaalilainsäädännössä kuvattua roolijakoa sikäli, että se sijoittaa järjestöt palvelujen potentiaalisina tarjoajina yksityisten yritysten kanssa samaan asemaan. Sen sijaan järjestön aseman määrittely kyseisen lain soveltamisessa ei ole tarpeen järjestön toimiessa kansalaisjärjestöroolissaan, sillä laki ei ole sovellettavissa lainkaan esimerkiksi yhdistyksen aatteelliseen edun-

---

[5] Nykyisessä tilanteessa tämän periaatteen vahvistaa myös Matti Vanhasen ensimmäisen hallituksen ohjelma, jossa todetaan, että palvelujen järjestämisvastuu tulee säilyttää kunnilla ja rahoituksen tulee pääosin perustua valtionosuuteen ja kuntien omiin verotuloihin. Matti Vanhasen ensimmäisen hallituksen ohjelma s. 15.

valvontatoimintaan. Varsin teoreettisena voidaan pitää sellaista ajattelua, että kunta ostaisi järjestöltä edunvalvontapalvelua. Sen sijaan kunta voisi hyvin ostaa järjestöltä tuottamiensa palvelujen laadunvalvontaa.

Kun järjestö tulee sosiaali- ja terveyspalveluissa kunnan sopimuskumppaniksi hankintalain mukaisen kilpailuttamisen perusteella, on se omiaan muodostamaan periaatteellisia ongelmia yhdistyksen aatteellisuuden toteutumiselle. Kilpailuttaminen osoittaa sen, että myös yhdistys toimii markkina- ja kilpailuehtoisesti. Hankintalain soveltamisessa kunnalla ei ole kilpailuttajana mahdollisuutta antaa yhdistykselle yrityksiin nähden mitään erityistä etua tai suojaa kilpailijoihin nähden. Vaikka järjestön ei ole välttämättä tarpeellista omaksua markkinalähtöistä kilpailuideologiaa, saattaa sosiaali- ja terveyspalvelua tuottava yhdistys joutua aidon aatteellisuuden ylläpitämisessä sitä suuremman haasteen eteen, mitä kovemmassa kilpailutilanteessa se toimii.

Yhdistyksen arvopohja eroaa lähtökohtaisesti yritysten arvopohjasta. Markkinaehtoisesti tuotettavien palvelujen tuottajana yhdistystä koskee kuitenkin sama asiakkaiden ja potilaiden suojaksi säädetty lainsäädäntö kuin yrityksiä. Yhdistyksen on kehitettävä toimintaansa kilpailun puristuksessa siten, että sen toiminnan laadun voidaan katsoa ”muuten olevan luonteeltaan pääasiallisesti taloudellista”, eli yhdistyslain alkuperäisen tarkoituksen vastaista. Vaikka kilpailutilanteessa toimivan yhdistyksen toimintaa ei olekaan käytännössä pidetty yhdistyslain vastaisena, ei aatteelliselle yhdistystoiminnalle tunnusomaisten piirteiden, kuten vapaaehtoisuuden ja vertaistuen, säilyttäminen ole ongelmatonta. Erottavaksi tekijäksi yrityksiin verrattuna jää lopulta vain se, ettei yhdistys tavoittele voittoa.

Kilpailunalaisen toiminnan toteuttamiseksi on olemassa mahdollisuus yhtiöittämiseen tai sille voidaan jo alun pitäen valita paremmin sopiva yhteisömuoto, esimerkiksi voittoa tavoittelematon osakeyhtiö. Tällaista ratkaisua puoltaa käytännössä myös jäljempänä esille tuleva kilpailulainsäädäntö.

Julkisen vallan yksiköiden järjestämisvastuulle kuuluvat eräitä harvinaisia poikkeuksia (esimerkiksi nuorisokahviloita) lukuun ottamatta lähes kaikki raha-automaattiavustuksilla tuettujen järjestöjen palvelut. Tämä johtuu sosiaalilainsäädännön tarkoituksellisesti avoimista ja laaja-alaisista palvelujen määritelmistä sekä vapaasti kehittyneestä järjestötoiminnasta ja avustuskäytännöstä. Tarkoituksena on ollut luoda palveluilla mahdollisimman kattava sosiaalinen turva. Tämä on aiheuttanut sosiaaliturvajärjestelmän vastuiden jaossa ongelmia, sillä järjestöille on haluttu sälyttää tehtäviä, jotka julkisen vallan yksiköiden olisi tullut hoitaa. Esimerkkinä tästä voidaan mainita yhdistysten osittain raha-automaattivaroin organisoima lääkärihelikopteritoiminta.

1.5 RAHA-AUTOMAATTIAVUSTUSTEN KÄYTTÖ PALVELUJEN JÄRJESTÄMISESSÄ

Tämä tutkimus on osoittanut varsin selvästi, että oikeudelliset ongelmat konkretisoituvat kuntien järjestäessä sosiaali- ja terveyspalvelut ostopalveluina järjestöiltä silloin, kun palvelujen tuottamiseksi tarvittava rahoitus on peräisin julkisesta rahoituslähteestä, esimerkiksi kunnalta tai Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista. Sosiaali- ja terveyspalvelujen rahoittamiseksi kunnalla on perustuslain 121 §:n 3 momentin nojalla verotusoikeus sekä oikeus STVOL-säännösten perusteella määräytyvään valtionosuuteen. Lisäksi kunnalla saattaa olla myös muita tuloja, kuten liikelaitosten tuotot. Samalla kun kunnan rahoituslähteet tekevät palvelujen järjestämisen mahdolliseksi, rahoituksen niukkuus rajoittaa käytännössä palvelujen järjestämismahdollisuuksia. Mikäli kunnalla on ollut mahdollisuus palvelujen järjestämiseen yhteistyössä Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista avustettujen järjestön kanssa, on tämä muodostanut kunnalle (esimerkiksi vanhustenhuollossa) merkittävän taloudellisen hyödyn.

Arpajaislakia (1047/2001) säädettäessä tarkoituksena oli rahoitusjärjestelmä, jonka perusteella estyy mahdollisuus kuntien vastuulla olevien sosiaali- ja terveyspalvelujen ”kaksikanavaiseen” rahoitukseen. Tämä ilmenee lakia koskevasta hallituksen esityksestä (HE 197/1999 vp, s. 90) siten, ettei raha-automaattiavustuksella voida rahoittaa toimintaa, jonka rahoitus perustuu johonkin muuhun säädökseen. Kaksinkertaisen rahoituksen järjestelmä syntyisi, mikäli raha-automaattiavustuksia myönnettäisiin niihin menoihin, joihin kunnilla on STVOL-säännösten perusteella mahdollisuus saada valtionosuuksia. Kielto sisältyi konkreettisesti vuoden 2001 loppuun saakka voimassa olleen raha-automaattiasetuksen (676/1967) 29 §:n 2 momenttiin. Sen mukaan ”avustusta älköön kuitenkaan myönnettäkö menoihin, joiden suorittaminen kuuluu lakisääteisesti tai muutoin ilmeisesti valtiolle, kunnalle tai uskonnolliselle yhdyskunnalle”. Avustuksia ei saanut siten myöntää edellä mainittujen julkisyhteisöjen vastuulla olleisiin menoihin silloinkaan, kun saajana oli järjestö.

Uudella arpajaislailla (1047/2001) ei ollut tarkoitus muuttaa aikaisemman lainsäädännön aikana muotoutunutta avustuskäytäntöä. Hallituksen arpajaislakia koskeneen esityksen (HE 197/1999 vp, s. 90) mukaan raha-automaattiasetuksen 29 §:n säännöksen tarkoitusta oli tulkittu käytännössä siten, että avustuksia ei myönnetty, jos kunnalla oli ollut jonkin toiminnon osalta lakiin perustuva erityinen järjestämisvelvoite tai kansalaisella subjektiivinen oikeus palvelun saamiseen. Tällä rajauksella ei ollut kuitenkaan enää käytännön merkitystä, sillä järjestöjen tuottamat palvelut voidaan katsoa lähes kauttaaltaan kuuluvan kuntien määrärahasidonnaisiin palveluihin. Terveydenhuollon palvelujen osalta jakoa subjektiivisiin ja muihin kuin subjektiivisiin oikeuksiin ei voida tehdä.

Valtioneuvoston tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuvilla päätöksillä on avustuksia myönnetty järjestöille silloinkin, kun kunnan olisi itse tullut vastata järjestön ylläpitämästä palvelusta. Laillisuusongelmaa ei päätöksissä ole nähty. Tähän rahoitusvastuun sekaantumiseen kiinnitti huomioita myös valtiontalouden tarkastusvirasto vuosina 2000 ja 2002 julkaistuissa tarkastusraportissa ja selvityksessä. Kunnat ovat useissa tapauksissa maksaneet palveluista vain ns. nettokorvauksen ilman investoinneista aiheutuneita kuluja. Kunnat ovat pysyneet siirtämään yhteisöjensä (eli perustamiensa yhdistysten ja säätiöiden) kautta Raha-automaattiyhdistykselle joitain sellaisia investointeja, jotka olisivat langenneet kunnille tulevaisuudessa. [6]

Viraston kritiikki kohdistui siihen, että kuntien ja järjestöjen tiivis yhteistyö voi kaventaa kummankin osapuolen liikkumavaraa. Viraston mielestä tällainen yhteistyö rajoittaa kunnan mahdollisuutta tarkastella palvelujentuotantomahdollisuuksia objektiivisesti ja pohtia myös muiden yksityisten palveluntuottajien käyttöä tai kunnan oman palveluntuotannon laajentamista. Virasto epäili myös sitä, että yhteistyö saattaa ohjata toimimaan hankintalain vastaisesti. Edellä todetuilta osin viraston näkemykset vastaavat tässä tutkimuksessa esitettyjä. Sen sijaan tarkastusvirasto katsoi yhteistyön kaventavan järjestöjen mahdollisuuksia suuntautua myös yksityisille markkinoille. Tähän näkemykseen ei ole mahdollista kritiikittömästi yhtyä, sillä tällainen kehityssuunta on omiaan etäännyttämään yhdistysmuotoisen järjestön yhdistyslain edellyttämästä aatteellisesta tarkoituksestaan.[7]

Kuntien järjestöjen kautta välillisesti saamia avustuksia ei ole mahdollista ottaa huomioon valtionosuus- tai muunkaan lainsäädännön perusteella. Tämä on enemmänkin vain periaatteellinen näkökohta, sillä suhteessa maksettaviin valtionosuuksiin raha-automaattiavustusten palveluihin kohdistuva tuki jää vähäiseksi. Tärkeämpää on kiinnittää huomiota avustusten ohjausvaikutukseen. Kuntien intressissä on siirtää palvelujen tuottamista raha-automaattiavustuksia saaneille tai saaville järjestöille, sillä siirto keventää kuntien omaa rahoitusvastuuta. Raha-automaattiavustusten käyttöön liittyvän periaatteellisen ongelman havaitsemiseksi voidaan todeta, että vuoden 1982 Valtava -uudistuksen eräänä tarkoituksena oli estää kuntia välttämästä rahoitusvastuunsa siten, että ne lähettivät asukkaitaan valtion siihen saakka suoraan valtionavuin rahoittamiin järjestöjen laitoksiin. Nyt kiusauksena on ollut ohjata asiakkaat järjestöjen asiakkaiksi.

Avustuslain väljään tulkintaan perustuvaa avustuskäytäntöä voidaan moittia edellä todetuilla perusteilla epäjohdonmukaiseksi ja kyseisen lain tarkoituksen

---

[6] Valtiontalouden tarkastusvirasto, Vanhustenhuollon rahoitus, Tarkastuskertomus 6/2000, s. 103–109 ja Valtiontalouden tarkastusvirasto, Raha-automaattiavustukset vanhus- ja vammaishuoltoon. Selvitys, s. 8–10.

[7] Ibid.

vastaiseksi, kun samalla otetaan huomioon kuntien vastuulla olevien palvelujen rahoitusta koskeva säädöskokonaisuus. Sosiaalihuoltolainsäädännön 1970- ja 1980-luvulla tapahtuneen uudistuksen jälkeen lainsäädännön käytännön soveltamisessa ei ole nähty tarpeelliseksi pitää kiinni niistä järjestöjen tehtäväsisältöön ja raha-automaattiavustusten käyttöön liittyvistä periaatteista, jotka linjattiin sosiaalihuoltolain ja kuntien valtionosuuslainsäädännön uudistuksissa.

Kansallinen oikeusjärjestys ja sen perustana oleva perustuslaki eivät sinänsä estä valtiota osallistumasta useammallakin kuin yhdellä tavalla kuntien palveluvastuun rahoittamiseen. Mikäli edellä kuvattua avustuskäytäntöä halutaan jatkaa tulevaisuudessa, altistutaan kuitenkin kritiikille sosiaali- ja terveydenhuollon valtionapujärjestelmän kanssa rinnakkaisesta järjestelmästä. Kriittinen arviointi kohdistuu lainsäädännön soveltamisen johdonmukaisuuden (*koherenssin*) puutteeseen. Järjestelmä ei toteuttaisi kuntien tasapuolista kohtelua, sillä rahoituksen kohdentuminen riippuu järjestöjen sijoittautumisesta ja aktiivisuudesta palvelujen järjestäjinä. Kun järjestöjen rooli edellä olevan perusteella on suoraan rinnasteinen yksityisten yritysten kanssa, muodostaa avustuskäytäntö myös ongelmia Euroopan yhteisön valtiontukisääntöjen ja kilpailusääntöjen sekä hankintojen kilpailuttamissäännösten noudattamisessa.

* * *

Yhteiskunnallinen toimintaympäristö on erityisesti viimeksi kuluneiden 15 vuoden aikana ollut voimakkaassa muutoksessa. Kansallisen perusoikeusjärjestelmän merkitys on kasvanut. Suomen liittyessä Euroopan unioniin Euroopan yhteisön oikeuden periaatteet ovat tulleet osaksi kansallisesti sovellettavaa oikeutta. Yleinen tietoisuus markkinatalousjärjestelmään perustuvan lainsäädännön vaatimuksista on lisääntynyt. Sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä ovat kansallisen lainsäädännön lisäksi tulleet huomioon otettaviksi Euroopan sisämarkkina- ja kilpailusäännöt, ainakin välillisesti. Tämä tutkimus on osoittanut, että sekä yhteisön että kansalliseen oikeuteen sisältyvien periaatteiden välittyminen kansallisesti säädettyihin avustuslakiin ja hankintalakiin ovat edellyttäneet Raha-automaattiyhdistyksen avustuskäytännön selkeyttämistä.[8]

Tutkimuksen yhteydessä läpikäyty kansallinen oikeus perustuu pohjoismaiseen sosiaaliturvamalliin, jossa koko väestö on kattavasti hyvinvointipalveluiden piirissä. Sosiaaliturva perustuu yksilöllisiin oikeuksiin, ja kuntien vastuulla olevilla sosiaali- ja terveyspalveluilla on merkittävämpi osa kuin muissa unionin maissa. Julkisen sektorin osuus palvelujen tuottajana on edelleen merkittävä.[9]

---

[8] Avustuskäytännön selkeyttämistä on toteutettu samanaikaisesti tämän tutkimuksen etenemisen kanssa.

[9] *Kari – Pakaslahti*, 2003, s. 24 ss.

Tämän tutkimuksen perusteella ei ole tarpeen yhtyä väitteisiin, joiden mukaan Euroopan yhteisön oikeus olisi romuttamassa järjestelmämme, mikäli yksilölle turvattujen sosiaalisten perusoikeuksien toteuttamisessa noudatetaan kansallista lainsäädännön tarkoitusta. Liberalistinen malli ei ole nykyistä sosiaaliturvajärjestelmää syrjäyttämässä ilman, että järjestelmän perusteita muutetaan radikaalisti.

Muut kuin oikeudelliset syyt, kuten kuntatalouden niukkuus, voivat käytännössä muodostua uhkatekijöiksi sosiaalilainsäädännön joustavien normien seurauksena. Hyvinvointipalvelujen järjestämisessä viranomaistaholle kuuluva perusoikeuksien turvaamistehtävä muodostuu sitä vaativammaksi, mitä pitemmälle järjestämisvastuussa oleva viranomainen hyödyntää markkinoita ja kilpailua palvelujen toteuttamisessa.

Poliittiseksi tahdoksi voidaan katsoa muodostuneen vuoden 2002 alusta voimaan tulleessa arpajaislaissa se, että raha-automaattiavustuksin tuetut järjestöt täydentävät kuntien palvelujärjestelmää. Tätä johtopäätöstä tukee järjestöjen pitkä toimintahistoria palvelutuotannossa ja yli kymmenen vuotta kestänyt valtioneuvoston vuosittaisilla päätöksillään hyväksymä jakokäytäntö. Kunnan ja järjestöjen kautta tapahtuvan valtion rahoitusvastuun tarkkaa erottelemista ei ole pidetty tarpeellisena. Raha-automaattiyhdistyksen tuottojen kohdentaminen tapahtuu nykyisellään siten, että palvelujen järjestäminen kohdistuu ensisijaisesti kansalaisjärjestötoimintaan, ennaltaehkäisevään toimintaan ja heikoimmassa asemassa olevien yksilöiden auttamiseen.[10]

Käsillä olevan tutkimuksen yhteenvetona tarkastellaan seuraavaksi niitä oikeudellisia vaatimuksia, joiden toteutuessa yhdistykset voisivat myös tulevaisuudessa olla toimijoina sosiaali- ja terveyspalvelujen aikaansaamisessa. Tarkastelussa pyritään muodostamaan vastaus erityisesti niihin osakysymyksiin, jotka sisältyvät tutkimustehtävään. Yhdistyksen jättäminen merkitsemättä yhdistysrekisteriin siksi, että sen tuottaa kunnan vastuulla olevia palveluja, ei ole oikeudellisena perusteena hyväksyttävä. Huolimatta siitä, että kuntien järjestämisvastuulla olevien sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottaminen aiheuttaa edellä kuvattuja jännitteitä, järjestöjen halutaan varmastikin osallistuvan myös tulevaisuudessa sosiaali- ja terveyspalvelujen toteutukseen. Lähtökohtana myöhemmässä arvioinnissa on se, että yhdistys toteuttaa yhdistyslain edellyttämää aatteellista tarkoitustaan silloinkin, kun se osallistuu sosiaali- ja terveyspalvelujen tuottamiseen.

---

[10] Kansalaisjärjestötoiminta otettiin julkilausuttuna esille Raha-automaattiyhdistyksen uudessa avustusstrategiassa 2008–2011.

2 Sosiaali- ja terveysjärjestöt ja kilpailusäännöt

2.1 SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUMARKKINOIDEN TOIMIVUUS

Sosiaali- ja terveyspalvelualaa ohjaavaa lainsäädäntöä on kehitetty erityisesti 1990-luvulla siten, että sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen on tullut mahdolliseksi ostosopimuksin. Suomen liityttyä Euroopan yhteisöön lainsäädäntöä on kehitetty vastaamaan myös Euroopan yhteisön vaatimuksia. Esimerkkeinä ”uuden ajan” lainsäädännöstä ovat jo hankintalailla kumotut yhteisön hankintadirektiivien perusteella säädetty laki julkisista hankinnoista (1505/1992) ja sen nojalla annettu hankinta-asetus (243/1995). Sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinoihin vaikuttaa merkittävästi se, että kyseisiä palveluja koskevan lainsäädännön perusvireenä on normiohjaus ja palvelujen tuottaminen perustuu julkisiin varoihin. Viranomaiset tuottavat suurelta osin palveluja edelleen viranomaisroolissaan, kilpailematta keskenään taikka yksityisten palveluntuottajien kanssa.

Toimivat markkinat muodostavat markkinatalouden välttämättömän reunaehdon myös silloin, kun kunnat haluavat käyttää hyödykseen markkinoita palvelujen järjestämisessä. Toimivassa kilpailussa hinnanmuodostus markkinoilla perustuu elinkeinonharjoittajien itsenäiseen hinnoitteluun ja sitä ohjaavaan hintamekanismiin, eikä keinotekoisia alallepääsyn esteitä esiinny. Markkinoilta edellytetään riittävää kilpailuastetta, jotta jännite hankintayksiköiden ja tarjoajien välillä syntyisi ja se johtaisi yritysten tarpeeseen kehittää laadultaan kilpailukykyisiä hyödykkeitä, hinnan toimiessa joustavana elementtinä. Hankintadirektiivin 2004/18/EY tehtävänä on osaltaan vaikuttaa Euroopan yhteisön laajuisten palvelumarkkinoiden luomiseen myös julkisyhteisöjen tekemissä hankinnoissa ja siten edistää kilpailuun perustuvaa taloutta.

Kilpailurajoituslain ja sitä vastaavien Euroopan yhteisön kilpailusääntöjen tavoitteena on suojata taloudellisen kilpailun terveyttä ja reiluutta dynaamisen ja staattisen tehokkuuden kannalta. Hankintojen kilpailuttamista koskeva lainsäädäntö pyrkii edullisen hinnan lisäksi aikaansaamaan markkinoiden dynaamista tehokkuuden lisääntymistä. Siinä yritykset kehittävät kilpailuetua saadakseen hyödykkeitä, vaihtoehtoisia hyödykkeitä, hyödykkeiden ominaisuuksia ja tuotantoprosessejaan.

Merkityksellisten hyödykemarkkinoiden (eli palveluja ja tavaroita koskevien markkinoiden) määrittely on taloudellinen tosiasiakysymys, joka on selvitettävä tarkastelemalla markkinoiden todellista tilaa. Alueelliset ja asialliset hyödyke-

markkinat eriytyvät taloudellisten kilpailuolosuhteiden perusteella. Kansallisesti relevantteja hyödykemarkkinoita määriteltäessä tulee selvittää, mitkä tavarat tai palvelut ovat ensisijaisesti asiakkaiden kannalta ominaisuuksiltaan siinä määrin samanarvoisia, että niitä voidaan pitää toisiaan korvaavina hyödykkeinä. Esimerkiksi Rovaniemellä toimivan työpajan toiminta ei vaikuta millään tavalla Tampereella toimintaansa harjoittavan pyöräkorjaamon toimintaan, mutta samaa toimintaa harjoittaessaan molempien sijoittumisella samaan kaupunkiin ja kortteliin on ilmeisiä vaikutuksia toisiinsa.

Käytössä olleiden tutkimusten mukaan sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoita voidaan pitää Suomessa edelleen näennäismarkkinoina, joissa kilpailudynamiikka ei toimi. Erityisesti tämä koskee sosiaalipalveluja. Terveyspalveluissa yksityisten yritysten määrä on suurempi. Peruspalveluja koskeville markkinoille on ominaista se, ettei kuluttajalla itsellään ole suurtakaan mahdollisuutta tehdä valintaa palvelun tuottajasta, vaan sen tekee hänen puolestaan viranomainen. Tätä perusasetelmaa ei muuta se, että asiakaslailla (812/2000) ja potilaslailla (785/1992) on haluttu ohjata palveluja järjestävää viranomaista aikaisempaa enemmän kuulemaan asiakkaan tai potilaan mielipiteitä palvelusta. Maantieteellisessä tarkastelussa monista sosiaalipalveluista puuttuvat kokonaan yksityiset yritykset. Tämä johtuu mm. erilaisista rakenteellisista alalle tulon ja alalta poistumisen esteistä, joita muodostavat eräillä aloilla suuret laitosinvestointitarpeet. Todellisuutta on syrjäisillä alueilla varmasti myös vähäinen palvelujen kysyntä. Palveluja tarjotaan kattavammin vain aloilla, joilla kynnys yrityksen perustamiseen on matala, esimerkkinä tästä ovat kotipalveluyritykset.

Nykyisin sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinat ovat lähes kokonaan kansallisia, sillä varsinaista rajat ylittävää palvelun tarjontaa ei tämän tutkimuksen käytössä olleiden selvitysten perusteella ole. Erityisesti sosiaalipalveluissa toimialan rakenne, lainsäädännöllä määritellyt oikeudet ja vastuut, sekä palvelun tuottamisen periaatteet perustuvat kansalliseen lainsäädäntöön. Kyse on markkinoiden toimivuuden kannalta toistaiseksi varsin kehittymättömästä palvelualasta, jonka kehittymistä jatkossakin haittaa kunkin jäsenvaltion halu pitää tiukasti kiinni omasta sosiaaliturvamallistaan. Terveyspalvelujen osalta palvelun tarjoajan sijoittumisella ei ole kaikissa tapauksissa siinä määrin ratkaisevaa merkitystä kuin hoidon jatkuvuutta edellyttävissä sosiaalipalveluissa.[11]

Markkinoiden kansallisesta luonteesta johtuu, ettei Euroopan yhteisön kilpailusääntöjen soveltamisen edellytyksenä olevaa kauppavaikutusta pääsääntöisesti ole. Kilpailusäännöillä tarkoitetaan esimerkiksi määräyksiä kielletyistä yritysten välisistä sopimuksista ja määräävän markkina-aseman väärinkäytöstä. Kilpailu-

[11] Esimerkkinä kehittyvästä sosiaali- ja terveyspalvelujen yksityisestä tuotannosta on Carema Hoivapalvelut Oy, joka kuuluu osana pohjoismaiden suurimpaan hoitoalan yritykseen, Carema Vård och Omsorg AB:hen.

sääntöjen soveltamiseksi on täytyttävä niiden omat *de minimis* -kriteerinsä. Palvelumarkkinoiden vähittäistä kehittymistä yhteisön laajuisiksi osoittaa se, että kansallinen lainsäädäntö mahdollistaa eräin edellytyksin sen, että Suomesta voidaan jo nyt hakeutua toiseen jäsenmaahan vastaanottamaan palveluja. Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisujen mukaan toiseen maahan hakeutuminen voidaan estää vain sosiaaliturvajärjestelmän ylläpitämisen kannalta välttämättömillä syillä (esimerkiksi *Kohll* C-158/96). Suomen sosiaaliturvajärjestelmä kattaa tällaisessa tapauksessa hoidon kustannukset samalla tavalla kuin Suomessa vastaanotetusta palvelusta.

Elinkeinolaki antaa mahdollisuuden toiseen jäsenmaahan sijoittautuneelle yhtiölle perustaa myös sivutoimipaikan Suomeen, joten sijoittautumisvapauden toteutumiselle ei ole muodollisia esteitä. Suomen voimassa oleva lainsäädäntö on siten yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukainen (esimerkiksi *Centros* C-212/97). Sähköinen palvelutuotanto kehittyessään muodostaa erityishaasteen myös sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinan määrittelyssä.

Hankintadirektiivin perusteella säädetyn hankintalain 2 §:n mukaan hankintayksikön on käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet. Tätä hankintalain periaatetta hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp, s. 46) perustellaan lain 1 §:n mukaisella säätelyntarpeella, joihin kuuluu mm. hankintayksikön tarpeen tyydyttäminen, ei siis vaikuttaminen markkinarakenteeseen. Tätä rajausta voidaan kritisoida sillä, että yhteisön hankintadirektiivin tavoite kytkeytyy joka tapauksessa tavoitteeseen palvelujen sisämarkkinoiden aikaansaamisesta, ja hankintalaissa asetettuna lain tarkoituksena on julkisten varojen tehokas käyttö. Kumpikaan näistä tavoitteista ei käytännössä toteudu, mikäli markkinat eivät kehity.

2.2 KILPAILUTTAMISVELVOLLISUUS JA AATTEELLISET JÄRJESTÖT

Hankintalain säätämisen kannalta kysymys on siitä, olisiko sosiaali- ja terveysjärjestöä voitu pitää kunnan kannalta muista toimijoista poikkeavana sopimuskumppanina. Olisiko sosiaali- ja terveysjärjestöt voitu jättää hankintalain soveltamisen ulkopuolelle, jotta järjestöt voisivat palvelujen tuottamisessa jatkaa kuntien kanssa verkostomaista, sopimusperusteista yhteistyötä ilman palvelujen kilpailuttamista? Samalla kun kunnan päätöksenteossa kilpailuttamisella tavoiteltavat taloudelliset hyödyt painettaisiin taka-alalle, voitaisiin hyödyntää sitä perinteistä yhteisöllisyyttä, jossa paikallistason aatteelliset järjestöt toimisivat hyvinvointipalvelujen tuottajina.

Euroopan yhteisön oikeus ei sisällä erityisesti kolmannen sektorin järjestöjä koskevia säännöksiä. Siksi vastausta kysymykseen järjestöjen erityisasemasta

hankintasääntöjen soveltamisessa on haettava perustamissopimuksen sisältämistä yleisistä periaatteista. Tämä puolestaan johtuu siitä, että yhteisön julkisia hankintoja koskeva sääntely, hankintadirektiivi EY/18/2004, liittyy kiinteästi perustamissopimuksella sovittuun tavoitteeseen kilpailuun perustuvista yhteismarkkinoista. Yhteismarkkinatavoitetta toteuttavat sopimuksen sisältämät perustavaa laatua olevat taloudelliset vapausoikeudet, kuten palvelujen tarjonnan vapaus ja sijoittautumisvapaus ja näihin liittyvät soveltamisen periaatteet, erityisesti kansalaisuuteen perustuvan diskriminoinnin kielto.

Hankintadirektiivin tarkoituksena on edistää sitä, että myös julkisyhteisöjen hankkimat palvelut avautuisivat yhteisön tasoiselle kilpailulle, jossa tavaroita, palveluja ja rakennustyötä tarjottaisiin jäsenvaltioiden rajoista riippumatta. Tarkoituksena on ollut poistaa käytännöt, jotka rajoittavat kilpailua ja toimivat protektionistisesti (esimerkiksi *Concordia Bus Finland* C-513/99, *Varkauden Taitotalo Oy* C-18/01 ja *komissio v. Ranska* C-264/03).

Yhteisön perustamissopimuksen sisämarkkinasääntöjen soveltamisessa ratkaisevassa merkityksessä on se, harjoittaako järjestö taloudellista toimintaa. Tämän perusteella määräytyy myös se, onko toimijaa pidettävä yrityksenä kilpailusääntöjen ja julkista tukea koskevien artikloiden merkityksessä. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä myös voittoa tavoittelemattomat yhteisöt voivat taloudellista toimintaa harjoittaessaan olla yrityksiä kilpailusääntöjen merkityksessä (*Höfner ja Elser* C-41/90 ja *Smits ja Peerbooms* C-157/99).[12] Sama periaate koskee myös julkista tukea koskevien sääntöjen soveltamista. Ratkaisevaa onkin toiminnan funktionaalinen sisältö, ei toiminnan harjoittamisen oikeudellinen muoto. Yhteisöjen oikeuskäytännössä vakiintuneen tulkintakäytännön mukaan taloudellista toimintaa onkin kaikki toiminta, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla (*Pavlov ym*. C-180/98–184/98). Taloudellisen toiminnan eräänä tunnusmerkkinä on, että kyse on kahden osapuolen välisestä sopimukseen perustuvasta vastikkeellisesta toiminnasta. Yhdistyksen voiton tavoittelemattomuudella ei ole merkitystä erityisesti silloin, jos se harjoittaa toimintaa yhtä aikaa sellaisten toimijoiden kanssa, jotka tavoittelevat voittoa (*Cassa di Risparmio Firenza Spa* C-222/04).

Palvelutoimintaa harjoittavan toimijan juridinen muoto määräytyy kansallisen oikeusjärjestyksen perusteella, jolloin taloudellisen toiminnan harjoittamisen

---

[12] Aikaisemmin yrityksen määritelmän yhteydessä esillä olleiden ennakkoratkaisujen lisäksi on syytä mainita tuomioistuimen 11.7.2006 antama ratkaisu asiassa C-205/03, *FENIN*, joka koski yrityskäsitteen soveltamista kansallisesta terveysjärjestelmästä vastaavaan yksikköön. FENIN oli lääkinnällisiä instrumentteja markkinoivien yritysten yhdistys, jonka jäsenten liikevaihdosta yli 80 % muodostui myynnistä SNS:n hallinnolle, joka puolestaan oli kansallista terveysjärjestelmästä vastaava kolmen ministeriön muodostama elin. SNS toimi siten tarvikkeiden ostajana. Myös tässä tapauksessa tuomioistuin vahvisti yrityksen määritelmän kilpailuoikeudessa aikaisemman ennakkoratkaisukäytännön mukaisesti.

muotona Suomessa voi olla myös yhdistyslain mukainen rekisteröity yhdistys. Kansallisen oikeuden perusteella määräytyvällä juridisella muodolla ei ole edellä todetun mukaan perustamissopimuksen soveltamisen kannalta merkitystä.

Vaikka sosiaali- ja terveysjärjestöt tarjotessaan ja tuottaessaan palveluja eivät ole kokeneet olevansa taloudellisen markkinatoimijan asemassa, sovelletaan niihin yritysten kanssa yhtä lailla perustamissopimuksen sisämarkkina- ja kilpailusääntöjä. Tämän mukaisesti myös hankintadirektiivin perusteella säädetyn hankintalain soveltamisessa järjestö on 5 §:n 1 momentin 7 kohdan mukainen palvelujen toimittaja silloin, kun se tarjoaa markkinoilla palveluja. Hankintasääntöjen velvoittavuuden johdosta asetelma on nähtävissä myös siten, että ne pakottavat järjestön taloudelliseksi toimijaksi, vaikka ideologisista syistä järjestö ei haluaisikaan asettautua markkinatoimijan asemaan.

2.3 KILPAILUTTAMISVELVOLLISUUS SOSIAALI- JA TERVEYSPALVELUHANKINNOISSA

Edellä esitetyn johtopäätöksen mukaan hankintalakia sovelletaan myös sosiaali- ja terveysjärjestöön sen ollessa palvelujen tarjoajana tarjouskilpailussa. Eräs tutkimuksen alussa asetettu kysymys oli myös se, olisiko *sosiaali- ja terveyspalvelut* voitu jättää kokonaan hankintalain ulkopuolelle, jolloin hankintalakia ei kyseisiä palveluja tarjoavaan järjestöön tästä syystä sovellettaisi. Eräänä perusteluna tälle on esitetty, että kilpailuttaminen vaarantaa palveluihin liittyvien sosiaalisten perusoikeuksien toteutumisen. Hankintadirektiivi (EY/18/2004) olisi edellyttänyt sosiaali- ja terveyspalvelujen sisällyttämistä hankintalain menettelytapasäännösten piiriin vain siinä tilanteessa, että niiden yhteydessä hankitaan ensisijaisia palveluja.

Suomessa oli omaksuttu jo aikaisemmassa hankintalaissa (1505/1992) varsin yksioikoisesti sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen kilpailuttamisen periaate. Kilpailuttamisesta voitiin luopua vain erityisistä syistä, jollaiseksi katsottiin mm. hankinnan vähäinen arvo. Oikeuskäytännössä tämän mukaan periaatteeksi oli muodostunut se, ettei kilpailuttamista tarvinnut toteuttaa, mikäli kilpailuttamisen aiheuttamien kustannusten arvioitiin nousevan sillä saatavia hyötyjä suuremmiksi. Hankintalain valmisteluaineiston perusteella on nähtävissä, että sosiaali- ja terveyspalvelut on sisällytetty hankintalain piiriin lain yleisten tavoitteiden mukaisesti. Siten myös niiden kilpailuttamisella on tarkoitus tavoitella julkisten varojen tehokasta käyttöä. Samaten elinkeinopoliittiset tavoitteet ovat vaikuttaneet siihen, että kyseiset palvelut sisällytettiin hankintalain soveltamisalaan.

Sosiaali- ja terveyspalvelujen sisällyttäminen hankintalain soveltamisalaan voidaan nähdä kyseisiä palveluja koskevan muun lainsäädännön kehittämisen

kannalta johdonmukaisena. Sosiaalilainsäädäntöä on osittain jo 1980-luvulla (SVOL) ja erityisesti 1990-luvun (potilaan ja asiakkaan suojaksi säädetty lainsäädäntö) alusta kehitetty siten, että palvelujen järjestäminen ostosopimuksin yksityisiltä yrityksiltä olisi mahdollista. Kansallisen oikeusjärjestyksen kannalta olisikin ristiriitaista, jos sosiaali- ja terveyspalveluja ei tämän jälkeen haluttaisikaan tuottaa markkinaehtoisesti. Kilpailuttamisen pakkoa hankintalailla ei ole säädetty, vaan päätös palvelujen hankkimisesta ostosopimuksella jää hankintayksikön päätösvaltaan.

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan (esimerkiksi *Teleaustria* C-324/98 ja *Unitron Scandinavia* C-275/98) myös hankintadirektiivin ulkopuolisissa hankinnoissa hankintayksikön tulee noudattaa hankintamenettelyn riittävää avoimuutta. Siten sopimuksentekomahdollisuudesta on ilmoitettava riittävässä laajuudessa, jotta hankinnat voisivat avautua kilpailulle. Tuomioistuin (mm. *Vestergaard* C-59/00) on soveltanut hankintamenettelyyn perustamissopimuksen määräyksiä silloinkin, kun hankinnan arvo on ollut alle EU-kynnysarvon. Mikäli sopimuksen tekemistä ei ole lainkaan kilpailutettu, ei menettely ole perustamissopimuksen sijoittautumisvapautta koskevan 43 artiklan eikä palvelujen tarjontaa koskevan 49 artiklan mukaista, eikä myöskään yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteiden mukaista (*Parking Brixen* C-458/03).

Edellä todettu yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö osoittaa, että perustamissopimuksen periaatteita voidaan soveltaa myös hankintadirektiivin ulkopuolelle jätettyihin palveluihin, myös sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin.

Onko yhteisön perustamissopimuksen periaatteiden suora soveltaminen sosiaali- ja terveyspalveluissa pelkästään hypoteettisesti huomioitava mahdollisuus, ja voidaanko sen katsoa soveltuvan sosiaali- ja terveyspalveluja koskeviin sopimuksiin?

Euroopan yhteisön sisämarkkina- ja kilpailusäännöt tulevat sovellettaviksi vain yhteisön oikeuden kannalta merkityksellisissä tilanteissa, myös silloin, kun kyse on kansalliseen sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvista palveluista. Jäsenvaltio voi asettaa yhteisön oikeuden nykytilassa rajoituksia, joita sovelletaan kaikkiin kyseisen valtion alueelle sijoittautuneisiin henkilöihin ja oikeushenkilöihin (*Leichtle* C-8/02). Pelkästään hypoteettisena ei voida enää pitää sitä mahdollisuutta, että toisesta jäsenvaltiosta tuleva palvelujen tarjoaja haluaa sijoittautua Suomeen tarjoamaan paikallisen lainsäädännön mukaisesti palveluja, taikka tarjoaa niitä omasta sijoittautumismaastaan käsin (eräissä tapauksissa sähköisesti). Esimerkkejä tästä on olemassa jo nyt vanhustenhuollon, mielenterveys- ja kehitysvammahuollon, perusterveydenhuollon, erikoissairaanhoidon ja työvoimapalvelujen alueilla. Yhteisön oikeuden soveltamistilanne voisi syntyä ainakin periaatteellisessa tarkastelussa myös siten, että suomalainen palveluja tuottava yritys sijoittautuu toiseen jäsenmaahan tarjotakseen siellä palveluja suomalaisille.

Hankintalakia säädettäessä on kiinnitetty erityistä huomiota siihen mahdollisuuteen, että yhteisön perustamissopimuksen vapausoikeudet ja niistä johtuvat muut soveltamisen oikeusperiaatteet voivat tulla sovellettaviksi myös hankintadirektiivin ulkopuolelle jätetyissä ja siten myös sosiaali- ja terveyspalveluja koskevissa hankinnoissa. Tällä on perusteltu sitä, että hankintalakiin on sisällytetty myös sosiaali- ja terveyspalveluja koskevat määräykset ja niitä koskevat erilliset kansalliset kynnysarvot, samoin niistä johtuvat ilmoittamisvelvoitteet. Pyrkimyksenä on selvästikin ollut soveltamisen selkeyden ja oikeusvarmuuden aikaansaaminen, jotta hankintaviranomaisten ei tarvitsisi jokaisessa yksittäisessä hankintatilanteessa harkita erikseen, olisiko toiseen jäsenmaahan sijoittautunut potentiaalinen palveluntarjoaja kiinnostunut tekemään tarjouksen. Hankintayksikön tulisi tehdä tämä arvio huomioon ottaen tapauksen yksittäiset olosuhteet, kuten esimerkiksi hankinnan sisältö, arvioitu arvo, kyseessä olevan toimialan erityispiirteet kuten markkinoiden koko ja rakenne, kauppatavat sekä toiminnan maantieteellinen sijainti.[13]

Lainsäätäjän hankintalain 68 §:ssä tekemää periaatteellista kannanottoa, jonka mukaan hankinnasta ilmoittaminen tulee tehdä vain kansallisessa laajuudessa, voidaan pitää sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen lähtökohtana perusteltuna. Lainsäätäjän hyvästä pyrkimyksestä huolimatta hankintalain mukaisten menettelytapojen noudattaminen ei aikaansaa kaikissa tapauksissa oikeusvarmuutta sen suhteen, ettei hankintayksikön tekemää hankintaa voitaisi moittia yhteisön oikeuden vastaisuudesta. Tämä johtuu siitä, että yhteisöjen tuomioistuimen tulkinnan (*Coname* 231/03) mukaan toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneen palveluntuottajan (esimerkiksi) mahdollinen kiinnostus hankintasopimusta kohtaan tulee arvioida yksittäisen hankintatilanteen perusteella, jolloin välttämättä ei ole hyväksyttävää toimia vain kansalliseen lakiin sisällytettyjen yleisten kynnysarvojen mukaan. Taloudelliselta arvoltaan suuret sopimukset saattavat kiinnostaa myös toiseen jäsenmaahan sijoittautuneita palveluntuottajia. Uhkana on tällaisessa yksittäisen tapauksen perusteella hankintalakia koskeva ja jäsenvaltiota vastaan nostettava perustamissopimuksen 226 artiklan mukainen rikkomuskannemenettely, jonka todennäköisyyttä ei kuitenkaan voida pitää kovin suurena.

[13] Ks. Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 4.

2.4 ERÄITÄ POIKKEUKSELLISIA SOPIMUKSIA KOSKEVA KILPAILUTTAMISVELVOLLISUUS

Eräin hankintalaissa määritellyin edellytyksin hankintapyynnöt voidaan sosiaalisin perustein ohjata vain tietyille tarjoajille. Hankintalain 14 §:n mukaan hankintayksikkö voi rajoittaa osallistumisen julkisiin hankintamenettelyihin työkeskuksille tai varata niiden toteuttamisen työohjelmien yhteydessä, jos asianomaisten työntekijöiden enemmistö on vammaisia, jotka eivät vammojensa luonteen tai vakavuuden vuoksi voi harjoittaa ammattitoimintaa tavanomaisissa olosuhteissa. Edellä mainitun lainkohdan tarkoittamaa toimintaa voi olla hallituksen esityksen mukaan (HE 50/2006 vp, s. 66) mm. sosiaalihuoltolain (710/1982) 27 d §:ssä säännelty vammaisten henkilöiden työllistymistä edistävä toiminta.

Yleisenä hankintaa koskevana periaatteena on, että hankintayksikön hankinnalle asettamien vaatimusten tulee kohdistua itse hankintaan. Edellä todettu hankintalain suoma erityinen poikkeus tasapuolisen kohtelun vaatimuksesta on kuitenkin osoitus siitä, että kun hankinnan toteuttamiseen liittyy riittäviä yhteiskuntapoliittisia syitä, kilpailupoliittiset ja kuntatalouteen liittyvät tehokkuustavoitteet voivat poikkeustapauksessa väistyä. Perusteltua on näissä laissa erikseen määritellyissä tapauksissa katsoa, ettei hankinnan ohjaamisella esimerkiksi työkeskuksille ole kansallisestikaan merkittävää vaikutusta markkinoiden toimintaan. Sosiaalipoliittista tavoitetta on pidetty painoarvoltaan kilpailupoliittisia ja kuntatalouden tavoitteita painavampana. Rajoitun menettelyn aiheuttama haitta elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden toteutumiselle on vähäinen suhteessa siihen hyötyyn, joka aikaansaadaan turvaamalla myös vammaisille tai muutoin vajaakuntoisille oikeus työhön. Viimeksi mainittuun oikeuteen liittyy myös julkisen vallan vastuu sosiaalisista perusoikeuksista.

Hankintalaki ei sen 8 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaan ulotu myöskään sopimuksiin, jotka koskevat maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia. Tältäkin osin hankintalaki on direktiivin poikkeussäännön mukainen. Siten sosiaali- ja terveysjärjestön omistaman kiinteistön myyminen tai vuokraaminen taikka kiinteistöön tai rakennuksiin oikeuttavien osakkeiden myyminen tai vuokraaminen esimerkiksi kunnalle ei edellytä hankintalain mukaista menettelytapaa, vaan osapuolet voivat sopia siitä suoraan keskenään. Vuokrasopimukseen perustuva tilojen käyttö tekisi mahdolliseksi sen, että kunta itse järjestäisi palvelut järjestöltä vuokraamissaan tiloissa. Mahdollista olisi myös kilpailuttaa kunnan toimesta hankinnat siten, että ne tuotetaan kyseisissä tiloissa kunnan valitseman yrityksen tai muun yhteisön toimesta. Raha-automaattiyhdistyksen tuotonkäyttöä koskevan arpajaislain 22 §:n ja sen perusteella tehtyjen avustuslinjauksien mukaan uutta avustusta ei tällaiseen investointikohteeseen myönnettäisi.

Hankintalaki ei tee mahdolliseksi järjestelyä, jossa palvelujen tuottaminen ilman hankintalaissa säädettyjä menettelytapoja sisällytettäisiin tilojen vuokraamista koskevaan sopimusjärjestelyyn. Mikäli todellisena tarkoituksena on solmia kunnan ja järjestön välillä sosiaali- ja terveyspalvelua koskeva sopimus, tuo osuus sopimuskokonaisuudesta tulee kilpailuttaa. Konkreettisessa tilanteessa tulee kuitenkin aina selvittää, mikä on sopimuksen varsinainen tarkoitus, ja onko palveluja koskeva sopimuksen osa selvästi erillinen ja muusta toiminnasta erotettava osa. Lähtökohtana voidaan pitää sitä, ettei esimerkiksi vanhusten tukipalvelujen hankintaa voida perustella vuokrasopimuksen yhteydessä sopimuskokonaisuudella (vrt. *Kempeleen monitoimihalli*, KHO 15.2.2002, taltio 315) siten, että kyseiset palvelut jäisivät hankintasääntöjen ulkopuolelle.

Avustuslain 9 §:n 1 ja 2 momentin määräykset edellyttävät avustuksen käyttämistä avustuspäätöksen mukaiseen tarkoitukseen. Jos avustus on erityisesti myönnetty määrättyä käyttötarkoitusta varten käytettävän omaisuuden hankintaan, omaisuutta ei saa käyttää pysyvästi muuhun kuin avustuspäätöksessä määrättyyn käyttötarkoitukseen. Lisäksi, jos avustus on myönnetty kiinteän omaisuuden, rakennuksen tai rakennuksessa olevan huoneiston hankintaan taikka rakentamiseen tai perusparantamiseen, 3 momentin säännös edellyttää, ettei omaisuuden omistus- tai hallintaoikeutta saa luovuttaa toiselle omaisuuden käyttöaikana. Käyttöaika on 30 vuotta avustuksen tai sen viimeisen erän maksamisesta. Edellä todetusta huolimatta on avustuslain 9 §:n 5 momentin mukaan mahdollista, että investointiavustuksen saanut järjestö antaa avustetuissa tiloissa harjoitettavan toiminnan tai sen osan jonkin muun tahon järjestettäväksi, jos niissä harjoitettava toiminta on edelleen avustuksen käyttötarkoituksen mukaista. Korostetusti tässä on syytä havaita se, että järjestö on mainitussa tilanteessa itse vastuullinen palvelujen järjestäjä.

Avustuslain 9 §:n tarkoituksena on varmistaa se, että avustuksen alkuperäisen avustuspäätöksen mukainen käyttötarkoitus toteutuu. Tämä toteutuu lainkohdan sisältämän pääsäännön mukaan silloin, kun avustuksen saanut aatteellinen yhteisö tai säätiö toteuttaa itse tarkoituksensa mukaista palvelutoimintaa avustetuissa tiloissa. Lain 9 §:n 5 momentti sisältää poikkeuksen edellä todetusta pääsäännöstä. Hallituksen esityksen (HE 179/2001 vp, s. 13) 5 momenttia koskevista yksityiskohtaisista perusteluista ilmenee siinä tarkoitetun tilannetta, jossa järjestö, sen sijaan, että se itse tuottaisi palvelun, hankkiikin sen organisaationsa ulkopuolelta. Tuottajana voi olla esimerkiksi toinen järjestö tai yritys.

Tilannetta, jossa kunta ”ottaa” vuokrasopimuksen perusteella järjestön tilat järjestämisvastuullaan olevien palvelujen tuotantokäyttöön, on tuskin lakia säädettäessä edes ajateltu. Lakia säädettäessä näytetään ajatellun, että järjestön edellä todettu palvelujen ”alihankinta” on kaikissa tapauksissa kilpailutettava hankintalain mukaisesti. Lain perustelut eivät ole kuitenkaan sitovaa lainsäädäntöä, vaan kilpailuttamisen velvollisuus määräytyy hankintalain perusteella. Pe-

rustelut kiinnittävät kuitenkin osaltaan huomiota siihen, että palvelujen siirto saattaa aiheuttaa avustuslain 4 §:n tarkoittamalla tavalla kiellettyjä vaikutuksia kilpailuun ja markkinoiden toimintaan. Lain perustelut osoittavat samalla sen, ettei 9 §:n 5 kohdan sisällyttämisellä avustuslakiin ole todellakaan tarkoitettu sitä, että järjestö luovuttaisi toimitilat kunnan käyttöön. Eihän vaatimus siitä, että kunnan tulee noudattaa hankintalakia, kuulu mitenkään avustuslaissa säädettäviin, järjestön vastuulla oleviin asioihin.

Vaikka järjestön tilat pysyisivätkin terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämisen käytössä kunnan hallitessa vuokrasopimuksen perusteella tiloja, ei avustusten käyttöä voida pitää alkuperäisen avustuspäätöksen käyttötarkoituksen mukaisena. Järjestö ei nimittäin itse toteuta yleishyödyllistä ja aatteellista tarkoitustaan, joka on arpajaislain 22 §:n mukaan ollut avustuksen myöntämisen perusehtona.

Avustuslain 28 §:n 1 momentin 3 kohdan mukaan sosiaali- ja terveysministeriö voi päätöksellään määrätä myös jo maksetun avustuksen tai sen osan takaisin perittäväksi, jos avustuksen saaja on lopettanut avustuksen kohteena olevan toiminnan, supistanut sitä olennaisesti tai luovuttanut sen toiselle. Samoin ministeriö voi menetellä mainitun pykälän 4 kohdan johdosta, jos avustuksen saaja on 9 §:n vastaisesti luovuttanut toiselle omistus- tai hallintaoikeuden omaisuuteen, joka on hankittu avustuksella. Avustuslain 28 §:n säännös sanamuotonsa (ja säännöksen otsikon ”Avustuksen harkinnanvarainen takaisinperintä”) mukaan perustuu sosiaali- ja terveysministeriön *harkintaan*. Hallituksen esityksen (HE 179/2001 vp, 19) mukaan takaisinperintä ei ole 4 kohdan tarkoittamassa tilanteessa välttämätöntä, mikäli omaisuutta käytetään luovutuksesta huolimatta tavalla, jossa avustuksen myöntämisen tarkoitus toteutuu. Sosiaali- ja terveysministeriö voi siten jättää avustuksen perimättä, vaikka järjestö ei tuotakaan itse alkuperäisen avustuspäätöksen mukaan järjestön tiloissa sosiaali- ja terveyspalveluja, vaan niiden järjestäjänä on kunta. Tätä voidaan avustusten käytön kannalta pitääkin varsin tarkoituksenmukaisena, jotta jo valmiiksi rakennetut ja julkisin varoin rahoitetut palvelutilat tulevat hyödynnetyiksi. Hyödyntämättä ne saattaisivat jäädä silloin, kun kunnan järjestämän kilpailun voittaisikin muu kuin tilat omistava järjestö.

Järjestöjen omistamat tilat ovat järjestöjen autonomisen päätösvallan piirissä, joten ilman järjestön suostumusta ei niitä yleiseen käyttöön voida vaatia. Mikäli tilat jäävät tai uhkaavat jäädä ilman alkuperäistä käyttöä, järjestöt joutuvat käytännössä pakkotilanteen eteen. Jotta tilanne ei muodostuisi järjestölle taloudellisesti kestämättömäksi, ei järjestölle jääkään käytännössä muuta vaihtoehtoa kuin suostua kunnan vuokrausvaihtoehtoon. Edellä jo todetun mukaisesti tämä edellyttää myös sosiaali- ja terveysministeriön myötävaikutusta, mikäli 30 vuoden vanhentumissääntö ei ole toteutunut.

Sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinoiden kehittymistä sinänsä edistää se, että julkisin varoin erityisesti palvelujen tuottamiseen rakennetut tilat voisivat

olla tarvittaessa yleisemmässä kuin vain järjestön palvelutuotannon käytössä. Tämä mahdollistaa kilpailuttamisen sellaisessa palvelutoiminnassa, jossa suurista investointitarpeista johtuen alalle tulon kynnys on korkea.

Yhdistyksen aatteellisen toiminnan tarkoituksen kannalta tilojen luovuttaminen kunnalle ja samalla järjestön oman palvelutoiminnan lakkauttaminen voivat merkitä varsin periaatteellista muutosta. Yhdistyksen sääntöjen mukaisena tarkoituksena on saattanut olla vain palvelutoiminta, ja tämän tarkoituksen toteuttamiseksi toimitilat ovat olleet välttämätön edellytys. Kunnan vuokratessa järjestön tilat omaa tai sopimussuhteista palveluntuottajaa varten ja järjestön itse samalla lopettaessa palvelutuotantonsa, järjestö luopuu tarkoituksensa mukaisesta ydintoiminnasta. Järjestö jää pelkäksi kiinteistönomistajaksi ja vuokranantajaksi. Yhdistyksen alkuperäisten sääntöjen mukaisen alkuperäisen tarkoituksen voidaan katsoa jäävän tässä tilanteessa toteutumatta. Vaikka yhdistyksen säännöt muutettaisiinkin sellaisiksi, että ne ilmaisevat toiminnan tarkoituksena olevan esimerkiksi iäkkäiden tai muuten hoivan tarpeessa olevien henkilöiden tukemiseksi tarvittavien palvelutilojen hankinta ja ylläpitäminen, ei yhdistysmuotoa tässä tarkoituksessa voida pitää kovinkaan perusteltuna. Aatteelliselle yhdistystoiminnalle tyypillinen jäsenistön vapaaehtoinen osallistuminen tai ylipäätänsäkään sen tarve jää todellisuudessa varsin vähäiseksi. Tämä ei kuitenkaan ole järjestelyn välitön oikeudellinen este.

Edellä todettu osoittaa, että avustuslaki sallii varsin vapaasti ”jatkojalostaa” alkuperäistä valtioneuvoston tekemää avustuspäätöstä avustuksensaajan omalla harkinnalla, johon eräissä tapauksissa tarvitaan viranomaistahon tarkoituksenmukaisuusharkintaan perustuva myötävaikutus. Mikäli tässä harkinnassa ei kiinnitetä huomiota lainsäädännön johdonmukaisuuteen, lopputuloksena saattaa olla raha-automaattivarojen siirtyminen kohteisiin, jotka eivät ole arpajaislain hyväksymiä.

Tässä yhteydessä lainsäädännön soveltamisen johdonmukaisuuteen liittyy kysymys raha-automaattiavustusten käytön ja kunnan palvelujen rahoitusvastuun erillisyydestä. Raha-automaattiavustuksia ei voida käyttää kunnan lakisääteisten menojen kattamiseen. Tämä johtaa siihen, että kunnan tulisi maksaa järjestöltä vuokraamistaan tiloista vuokra, joka kattaa myös toimitilojen investointien osuuden. Rahoitusvastuun erillisyydestä johtuen myös pääomaosuus tulee korvata, vaikka järjestö on saanutkin sen raha-automaattiavustuksena. Raha-automaattiavustuksella ei tässä järjestelyssä olisi mitään vaikutusta kilpailuun ja markkinoiden toimintaan, sillä kunta tuottaisi itse tai kilpailuttaisi palvelutoiminnan kaikissa tapauksissa järjestön olemassa olevissa tiloissa. Mahdollisuus järjestön tilojen käyttöön syrjäyttää useimmiten muut tilavaihtoehdot.

Sosiaali- ja terveysministeriön avustuksen takaisinperintää koskevan päätöksen tulisi sisältää myös kannanotto siitä, miten järjestön kunnalta saaman tilojen vuokraan sisältyvän pääomavuokran osalta tulee menetellä. Kun avustusta ei

voida, kuten arpajaislain 22 §:n perusteella on edellä tässä tutkimuksessa yksityiskohtaisesti selvitetty, myöntää kunnan rahoitusvastuulla oleviin menoihin, tulisi ne tästä periaatteellisesta lähtökohdasta johtuen palauttaa takaisin jaettavaksi uudelleen. Tässä tutkimuksessa ei ole ollut mahdollista selvittää, onko tätä kautta syntyvä summa siinä määrin merkityksellinen, että palautusmenettely on tarkoituksenmukainen. On ajateltavissa myös siten, että pääomavuokran muodossa järjestölle palautuva määrä tulisi käyttää suoraan toimitilojen ylläpitämiseen.

Nykyisessä tilanteessa ei ole ilmennyt merkkejä siitä, että palvelutoiminnan ohjaaminen järjestöjen julkisten investointitukien avulla rakennettuihin tiloihin aiheuttaisi avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohdan kieltämiä vaikutuksia eli vähäistä suurempaa haittaa kilpailuun ja markkinoiden toimintaan.

Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista rahoitetaan vuosittain lukuisa määrä tutkimus- ja kehityshankkeita, joita järjestöt voivat toteuttaa myös yhdessä. Tässä tutkimuksessa on pyritty selvittämään, millä tavalla hankintalakia sovelletaan niihin sosiaali- ja terveysjärjestöjen tutkimus- ja kehityshankkeisiin, joita avustetaan Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista.

Tutkimus- ja kehityshankkeita koskevat palveluhankinnat tulevat hankintalain (348/2007) perusteella julkisia hankintoja koskevien sääntöjen alaisiksi osittain hankintadirektiivistä poikkeavalla tavalla. Hankintadirektiiviä ei 16 artiklan f alakohdan mukaan sovelleta palveluhankintoja koskeviin sopimuksiin, jotka koskevat tutkimus- ja kehityspalveluja. Mikäli edellä mainituista palveluista saatava hyöty kohdistuu yksinomaan hankintayksikölle sen toiminnassa käytettäväksi ja hankintayksikkö korvaa suoritetun palvelun kokonaisuudessaan, säännöstä ei sovelleta. Säännöksen tarkoituksena on ollut edistää perustamissopimuksen 163 artiklan mukaista tutkimuksen ja teknologian kehittämistä Euroopan yhteisössä. Hankintalain 8 §:n 1 momentin vastaavan säännöksen soveltamisalasta ovat käytännössä poissuljettuja esimerkiksi julkisten tiedeyhteisöjen, kuten korkeakoulujen ja tutkimuslaitosten ja yksityisten tahojen yhteisesti rahoittamat tutkimusohjelmat. Tutkimusten tunnistamisessa merkityksellisiä tekijöitä ovat tutkimuksen avoimuus ja tutkimuksen hyödynnettävyys mahdollisimman laajasti (HE 50/2006 vp, s. 59). Perusteluna on se, ettei julkisella rahoituksella piirteiden toteutuessa voida katsoa olevan haitallisia vaikutuksia kilpailuun ja markkinoiden toimivuuteen.

Tulkintaongelmia aiheuttaa se, että hankintadirektiivistä poiketen myös järjestö on hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan perusteella hankintayksikkö silloin, kun sen hankkeen rahoituksesta jonkun tai joidenkin julkisten hankintayksiköiden rahoitus on enemmän kuin puolet. Rahoitettava hanke saattaa olla esimerkiksi lain 8 §:ssä tarkoitettu tutkimus- ja kehityshanke. Hankintalain kattavuus on julkisista varoista rahoitettavien hankkeiden osalta haluttu tietoisesti säätää hankintadirektiiviä kattavammaksi jo kumotussa hankintalaissa, mutta

tämän toteuttamiseksi tukea saaneen yksikön oikeudellinen status on määritelty hankintalain tarkoittamaksi hankintayksiköksi.

Tutkimus- ja kehityshankkeita koskeva hankintalain 8 §:n 1 momentin 6 kohdan erityissäännös ei edellä todetun taustan perusteella koske sosiaali- ja terveysjärjestöjä. Hankintalain tarkoituksena ei ole ollut saattaa yksityisiä tahoja direktiivin kyseessä olevan poikkeussäännöksen piiriin (HE 50/2006 vp, s. 59). Järjestöjen kannalta hankintalain puheena oleva 8 §:n poikkeussäännös jääkin merkityksettömäksi. Järjestöjen toimintaansa varten hankkimat alihankintatyyppiset tutkimus- ja kehityspalvelut tulevat hankintalain kilpailuttamisvelvoitteen piiriin hankintalain 6 §:n 1 momentin 5 kohdan rahoitusedellytyksen toteutuessa. Tämän edellytyksen täyttyessä järjestön hankinta, jonka rahoituksesta avustus yhdessä muun julkisen rahoituksen kanssa on enemmän kuin puolet, on kilpailutettava hankintalain määrittelemällä tavalla. Tätä on pidetty lakia säädettäessä tärkeänä, sillä se omalta osaltaan rajoittaa hankintalain velvoitteiden laiminlyöntiä julkista tukea myöntämällä (HE 50/2006 vp, s. 56).

2.5 RAHA-AUTOMAATTIAVUSTUKSET JA JULKISEN TUEN SÄÄNNÖT

Tämän tutkimuksen eräänä peruskysymyksenä on ollut se, täyttävätkö valtioneuvoston Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myöntämät avustukset yhteisön perustamissopimuksen 87 artiklan 1 kohdan yleiset julkisen tuen edellytykset silloin, kun tukea myönnetään yrityksen tunnusmerkit täyttävälle järjestölle. Yrityksen tunnusmerkkien täyttyminen on edellytyksenä sille, että valtiontukea koskeva 87 artikla tulee sovellettavaksi. Mainittu artikla kieltää kaiken sellaisen jäsenvaltion myöntämän tuen, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytäntö sisältää suuren määrän valtion tukea koskevia tulkintoja. (Esimerkiksi *komissio v. Ranska* C-18/84 ja *Du Pont de Nemours* C-21/88). Euroopan yhteisön julkisia tukia koskevan säätelyn tarkoituksena on, ettei jäsenvaltion myöntämillä tai sen varoista myönnetyllä tuella saa tehdä tyhjäksi perustamissopimuksessa määriteltyjen perusvapauksien toteutumista (”*Tubemeuse*” C-142/87). Kiellolla on haluttu estää jäsenvaltioiden protektionistiset toimenpiteet ja siten Euroopan yhteisössä niiden markkinoiden toimintaa vääristävät vaikutukset.

Tuen sosiaalinen tavoite ei sulje sitä valtiotukisääntöjen soveltamisen ulkopuolelle, sillä tukea arvioidaan sen todellisten vaikutusten eikä tavoitteiden kannalta (*Italia v. komissio* C-173/73). Kun valtion taloudellinen tuki yritykselle toisiin yrityksiin verrattuna tosiasiassa vahvistaa sen asemaa yhteisön sisäisessä

kaupassa, kyseistä tukea on pidettävä vaikutuksensa vuoksi valtion tukena (*Philip Morris* C-730/79 ja ”*Tubemeuse*” C-142/87).

Valtion tuen hyväksyttävyyttä ratkaistaessa ei ole tarpeen tehdä samanlaista merkityksellisten markkinoiden analyysiä kuin perustamissopimuksen kilpailusääntöihin kuuluvan 81 artiklan kartellien tapauksessa. Kiellettynä protektionistisena toimenpiteenä voidaan pitää myös sitä, että valtio on valmis julkisessa hankintamenettelyssä tukemaan taloudellisesti vain sellaista tarjouksen tehnyttä yhteisöä, joka on sijoittautunut kyseiseen jäsenvaltioon. Yhteisön valtiontukien kiellossa ei kysymys olekaan siitä, että ne olisivat välittömästi perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan sisältämien kilpailusääntöjen vastaisia.

Arviointi tukien mahdollisesta hyväksyttävyydestä tapahtuu 88 artiklan 3 kohdan mukaisessa jäsenvaltion ja komission välisessä *notifikaatiomenettelyssä*, jossa arvioidaan tukien mahdollisuus. Tuet vääristävät useimmiten jossain määrin markkinoiden toimintaa, mutta ne saattavat olla välttämättömiä myös niiden kehittämiseksi. Tukien hyväksyttävyyttä arvioitaessa voidaan ottaa huomioon myös niiden muut positiiviset yhteiskuntapoliittiset vaikutukset (”*rule of reason*” -sääntö).

Komissio on ainakin yksittäistapauksissa suhtautunut myönteisesti tukiin, jotka kohdistuvat terveydenhuoltoalaan. Tämän perusteella olisi pääteltävissä, että tukien sallittavuuden ”*rule of reason*” -sääntö toimii myönteisesti sosiaalipoliittisten tavoitteiden huomioon ottamisessa, eikä painavampana perusteena punninnassa ole suoraviivainen sisämarkkinoiden kehittämisen tavoite. Esimerkkinä komission hyväksymismenettelystä paikallisen sairaalan investointituki hyväksyttiin siksi, ettei toimenpiteellä ollut vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kysymys ei ollut sairaalakompleksista, joka houkuttelisi potilaita toisesta jäsenvaltiosta (Komission valtiontukea koskeva päätös N 543/2001 *Capital allowance for hospitals*).

Myös raha-automaattiavustusten voidaan katsoa toimineen edellä todetussa suhteessa positiivisesti, sillä ne ovat vaikuttaneet myönteisesti yhteiskunnan sosiaalisen hyvinvoinnin aikaansaamisessa, ja samalla ne ovat kehittäneet yksityistä palvelutarjontaa. Tarjonnan lisääntyminen on tapahtunut kuitenkin vain järjestöjen toimesta.

Jäsenvaltion selektiivisesti myöntämä tuki on kielletty erityisesti herkillä aloilla (*Altmark Trans* C-280/00). Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on tukien hyväksyttävyyttä arvioitaessa pidetty keskeisenä tekijänä sitä, onko alalla olemassa jo merkittävästi kilpailua (*Espanja v. komissio* C-351/98).

Yhteisöjen tuomioistuin ei ole tukitoimien käsitteeseen hyväksynytkään mitään *de minimis* -sääntöä, mutta komissio on asetukseen (EY) 994/98 perustuvan toimivaltansa nojalla antanut yleisesti kaikkia aloja koskevan ns. *de minimis* -asetuksen (EY) n:o 1998/2006. Tämä sallii myönnettäväksi yhdelle yritykselle tuen ilman *notifikaatiota*, mikäli samalle yritykselle myönnetyn tuen määrä ei

ylitä 200 000 euroa kolmen vuoden juoksevalla ajanjaksolla. Tällaista tukea pidetään vähämerkityksellisenä, eikä sen siten katsota vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. *De minimis* -asetus ei kuitenkaan koske sen 1 artiklan mukaan vientitoiminnan tukea ja tukea, jolla suositaan kotimaisia tuotteita (siten myös palveluja) tuontituotteiden kustannuksella. Mikäli toisesta jäsenmaasta oleva yritys haluaisi sijoittautua tuottamaan palveluja Suomeen, myös tämä poikkeus yleisestä 200 000 euron periaatteesta tulee merkitykselliseksi.

Raha-automaattiavustusten tarkoituksena on *rahoittaa* sosiaali- ja terveysjärjestöjen aatteellista toimintaa, joka tapahtuu terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistämiseksi. Raha-automaattiavustuksien arpajaislain mukainen käyttötarkoitus poikkeaa siten yhteisön valtiontukisäännöissä tarkoitetusta julkisen rahoituksen tarkoituksesta. Kuitenkin myös sosiaali- ja terveysjärjestö täyttää yrityksen tunnusmerkit 87 artiklan tarkoittamassa mielessä, kun se tuottaa markkinaehtoisesti sosiaali- ja terveyspalveluja. Tuen selektiivisyysehto täyttyy samaten sikäli, että tuen saajina voivat olla vain kotimaiset järjestöt, eivät siten muut kotimaiset tai ulkomaiset yhteisöt. Raha-automaattiavustukset ovat jo sikäli valtion myöntämiä tukia, että päätöksen tuesta tekee valtioneuvosto. Valtion varoista myönnettyinä tukina raha-automaattiavustuksia olisi pidettävä siitäkin syystä, että niiden lähteenä oleva Raha-automaattiyhdistyksen pelitoiminta perustuu arpajaislain (1047/2001) perusteella annettuun yksinoikeuteen, ja (1168/2001) raha-automaattiasetuksella perustettu yhdistys kuuluu julkiseen hallintoon.

Sosiaalisin perustein suoraan kuluttajille myönnettyä tukea ei 87 artiklan 2 kohdan mukaan pidettäisi kiellettynä valtion tukena, joten tuki voitaisiin ohjata suoraan kuluttajalle ostosetelin muodossa. Kiellettyä on tuen piilovaikutus siten, että seteli olisi ylihinnoiteltu ja kohdennettu tosiasiassa selektiivisesti vain jollekin tai joillekin yrityksille (*BAI* T-14/96). Palvelun tuottajia ei saa tällaisessakaan tapauksessa valita kansalaisuuteen perustuvan diskriminointikiellon vastaisesti. Tällä näkökohdalla ei ole kuitenkaan tässä tutkimuksessa välitöntä merkitystä, sillä arpajaislain 22 §:n mukaan tuki voidaan antaa vain yleishyödyllisille yhteisöille ja säätiöille, joten kuluttajille ei voida raha-automaattiavustusta sosiaalisinkaan perustein myöntää.

Avustuslain kilpailua koskevilla määräyksillä on katsottava olevan myös itsenäinen merkityksensä, ja nämä määräykset kytkeytyvät samalla myös valtiontukisääntöihin. Avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohta sallii avustuksen myöntämisen, mikäli avustuksen myöntämisen ei arvioida aiheuttavan muita kuin vähäisiä kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa. Avustusta ei siis saa myöntää, jos vaikutukset ovat vähäistä suurempia. Valtionavustuslain kanssa yhtenevistä syistä raha-automaattiavustusten vääristävät vaikutukset on haluttu kieltää sekä silloin, kun ne heijastuvat toiseen Euroopan talousalueen jäsenmaahan että silloin, kun ne ilmenevät Suomessa. Valtionavustuslain valmisteluasiakirjojen mukaan ulkomaille-

kin myönnettävät valtionavustukset saattavat aiheuttaa kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristäviä vaikutuksia Suomessa, samoin kuin tukien myöntäminen elinkeinotoimintaa lähellä oleville tahoille (ks. HE 63/2001 vp, s. 39). Lainkohdan sanamuodon ”Euroopan talousalueeseen kuuluvassa valtiossa” mukaan avustuksen vaikutukset koskevat myös kansallisia vaikutuksia. Lain soveltamisen kannalta on valitettavaa, ettei tämän määräyksen sisältöä ole lakia säädettäessä millään tavalla selvennetty.

Avustuslain tarkoituksena on ollut eliminoida myös avustusten paikallinen kielteinen vaikutus. Tämä on ymmärrettävissä lainkohdan säätämiseen johtaneiden tekijöiden perusteella. Kilpailuvirasto selvitti aktiivisesti yhdessä mm. Raha-automaattiyhdistyksen, kauppa- ja teollisuusministeriön ja yrittäjäjärjestöjen kanssa avustusten kilpailuvaikutuksia ja esitti prosessin lopputuloksena suosituksensa. Näitä näkökohtia eivät lain valmisteluasiakirjat kuitenkaan sisällä, joten kovin suurta merkitystä ei edellä kuvatuille tekijöille voida avustuslain 4 §:n tulkinnassa antaa.

Käytännössä ei ole nähtävissä tilanteita, joissa Suomessa käytettävän avustuksen vaikutukset ulottuisivat toiseen jäsenmaahan siten, että perustamissopimuksen 81 ja 82 artiklan kilpailusääntöjä voitaisiin soveltaa. Sen sijaan avustuksella voi olla kielletty vaikutus Suomessa silloin, kun toisesta jäsenmaasta oleva yritys haluaisi sijoittautua tuottamaan palveluja Suomeen. Avustuksen saajan ei siten itse tarvitse harjoittaa rajat ylittävää toimintaa. Vaikutukset voivat ilmetä tukien seurauksena tapahtuvana määräävän markkina-aseman väärinkäyttönä. Koska tämä edellyttää, että tuen saajalla on määräävä asema tuote- ja maatieteellisesti määräytyvällä markkina-alueella, kysymys näyttää tässä tutkimuksessa esillä olleen aineiston perusteella hypoteettiselta.

Avustuslain 4 §:n 2 momentin määräyksen johdosta valtioneuvosto ei voi myöntää raha-automaattiavustusta yhteisön valtiontukisääntöjen vastaisesti. Lainkohdan mukaan avustus ei saa yhdessä muiden julkisten avustusten kanssa ylittää Euroopan yhteisön tai Suomen lainsäädännössä säädettyä valtionavustuksen tai julkisen tuen enimmäismäärää. Lainkohta asettaa siten avustusten myöntämiselle ehdottoman laillisuusrajan, jota ei voida ylittää tarkoituksenmukaisuusharkinnalla. Edellä todettu kielto on säädetty myös kansallisesti, vaikka yhteisön julkisten tukien kieltosäännökset ovat kansallisesti suoraan velvoittavaa oikeutta. Avustuslain säännöksen on katsottava olevan siksi informatiivinen ja laillisuutta varmistava.

Edellisessä kappaleessa todettujen edellytysten toteutuessa arpajaislain ja avustuslain avustustoimintaa koskevat säädökset muodostavat tukiohjelman, joka tulisi *notifioida*, mikäli 4 §:n 2 momentissa ilmaistu rajaus haluttaisiin poistaa. Tutkimuksen valtiontukisääntöjä koskevan yksityiskohtaisen selvityksen perusteella on kuitenkin todettava, ettei tukijärjestelmän hyväksyminen ole yhteisön nykyisen lainsäädännön mukaan mahdollista. Neuvoston asetus (EY)

994/1998 nykyisessä muodossaan ei sisällä mahdollisuutta siihen, että komissio voisi antaa sosiaali- ja terveyspalvelualaa koskevaa ryhmäpoikkeusta. Poikkeuksen antaminen on mahdollista nyt tuille, jotka koskevat pieniä ja keskisuuria yrityksiä, tutkimusta ja kehittämistä, ympäristönsuojelua, työllistämistä ja koulutusta, sekä tukia, jotka perustuvat komission kunkin jäsenvaltion osalta alueellisen tuen myöntämistä varten hyväksymiin karttoihin.

2.6 JULKISTEN TUKIEN HUOMIOON OTTAMINEN KILPAILUTTAMISESSA

Euroopan yhteisön perustamissopimukseen sisältyvä valtion tuen kieltäminen muodostaa perustamissopimuksen vapausperiaatteiden ohella erään oikeudellisen perustan hankintoja koskeville EY:n direktiiveille ja siten niiden kansallisen implementoinnin perustan ja tulkintataustan. Julkiset tuet liittyvät kiinteästi yhteen vapausperiaatteiden toteutumisen kanssa. Tätä pyrkii varmistamaan myös avustuslain 4 §:n 1 momentin 5 kohtaan sisältyvä säännös, jolla halutaan estää avustusten kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristävät vaikutukset.

Hankintalain 64 § kieltää yhdenvertaisen kohtelun periaatteen vastaisena sen, että hankintayksikkö myöntäisi tukea muodossa tai toisessa sellaiselle omalle yksikölleen, joka on mukana tarjouskilpailussa. Sen sijaan laki jättää epäselväksi sen, tulisiko myös muun kuin hankintayksikön myöntämä tuki ottaa huomioon. Myöskään Euroopan yhteisön lainsäädäntö tai yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö eivät anna selkeää vastausta siihen, miten julkisia tukia tulisi käsitellä tarjousmenettelyssä. Vastausta kysymykseen on tässä tutkimuksessa pyritty hakemaan yleisten valtiontukisääntöjen sekä kilpailuttamista koskevien määräysten perusteella.

Kysymys julkisen tuen huomioon ottamisesta on tämän tutkimuksen kannalta sikäli oleellinen, että kuntien järjestäessä tarjousmenettelyn sosiaali- ja terveyspalveluhankinnassa mukana saattaa olla järjestöjä, jotka ovat vuosien kuluessa saaneet tai samanaikaisesti hakevat avustusta Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista. Laittomasti myönnettyyn tukeen voi myös kohdistua neuvoston asetuksesta (EY)659/1999 ilmenevin edellytyksin takaisinperintävaatimus. Valtiontukisääntöjen ja avustuslain 4 §:n perusteella ei tukea tulisi myöntää järjestölle, joka harjoittaa markkinaehtoista palvelujen tuottamista.

Yhteisöjen tuomioistuin on tukea saaneiden yritysten kilpailusta poissulkemisen sijasta pikemminkin linjannut sen, että myös tällaiset yritykset voivat osallistua tarjouskilpailuun (*ARGE Gewässerschutz* C-94/99). Tuomioistuimen ennakkoratkaisun ilmeisenä seurauksena on uuden hankintadirektiivin 55 artiklan 1 kohdassa säädetty, ettei hankintaviranomainen voi hylätä tarjousta sillä perusteella, että tarjous on poikkeuksellisen alhainen tuen takia, ennen kuin on pyytä-

nyt kirjallisesti tiedot tarjouksen pääkohdista, kuten tarjoajan mahdollisesti saamasta valtiontuesta. Artiklan 3 kohdan mukaan tarjous voidaan hylätä siksi, että tarjoaja on saanut valtiontukea, vasta tarjoajan kuulemisen jälkeen, ja jos tämä ei pysty näyttämään toteen, että kyseessä oleva tuki on myönnetty laillisesti.

Yhteisöjen tuomioistuimen linjauksen mukaisesti hankintalain 63 § sisältää direktiiviä vastaavat poikkeuksellisen alhaisia tarjouksia koskevat määräykset. Nämä ovat lain 21 §:n soveltamisalaa koskevan säännösten johdosta sovellettavissa myös sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin.

Hankintayksikkönä *kunta* ei syyllisty hankintalain 64 §:n vastaisesti tarjoajien tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vastaiseen menettelyyn silloin, kun tarjoajana oleva yhdistys saa avustusta Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista. Kysymys on tässä tapauksessa kolmannen osapuolen eli valtioneuvoston myöntämästä tuesta. Kunnan kannalta järjestöjen tarjous, joka sisältää raha-automaattiavustuksen, olisi useimmissa tapauksissa hinnaltaan halvin tarjous. Tämä johtuu siitä, ettei kunnassa toimivalle järjestölle valtioneuvoston päätöksellä myönnettyä raha-automaattiavustusta voida ottaa vähennyksenä huomioon, esimerkiksi siinä yhteydessä, kun valtio määrittelee kunnalle maksettavan sosiaali- ja terveydenhuollon valtionosuuden määrää.

Yhteisöjen tuomioistuimen ennakkoratkaisukäytännön mukaan hankintaviranomaisen ei ole pakko jättää laillista julkista tukea saanutta tarjoajaa tarjousmenettelyn ulkopuolelle. Viranomainen voi jättää tarjouksen menettelyn ulkopuolelle, jos se arvioi julkisen tuen mahdollisesta takaisinperinnästä seuraavan sen, että tarjoajan taloudellinen luotettavuus vaarantuu (*ARGE Gewässerschutz* C-94/99). Tätä oikeuskäytäntöä vastaa nyt hankintalain 63 §:n 3 momentin säännös. Perinteisessä ajattelussa tuntuu varmaankin kummalliselta esittää, että järjestöjä tässä suhteessa uhkaisivat taloudelliset ongelmat, joista julkinen valta ei joka tapauksessa huolehtisi.

Hankintalain säätäminen ja sen mukaisten menettelytapojen toteuttaminen ovat niitä toimenpiteitä, joiden yhteydessä yhteisön oikeuden soveltamisesta vahvistetut oikeusperiaatteet voivat toteutua. Lakia ei siten voida säätää yhteisön oikeuden vastaisesti. Yhteisöjen tuomioistuin on täsmentänyt julkisia hankintoja koskevassa ennakkoratkaisukäytännössään tarjoajien yhdenvertaisen kohtelun periaatteen tarkoittavan, että kaikilla tarjoajilla on samat mahdollisuudet tarjoustensa ehtojen laatimisessa heidän kansallisuudestaan huolimatta (*Parking Brixen* C-458/03). Tämä linjaus kieltää samalla käytännössä myös selektiiviset julkiset tuet sellaisissa tilanteissa, joissa tuen saanut yritys tulee muihin todellisiin tai potentiaalisiin tarjoajiin nähden edullisempaan asemaan. Tämä kaikkiin tukimuotoihin sovellettavissa oleva kielto koskee myös Raha-automaattiyhdistyksen tuotoista myönnettäviä avustuksia.

Yhteisöjen tuomioistuimen julkista tukea koskevan oikeuskäytännön mukaan sellainen tuki, joka parantaa yrityksen markkina-asemaa, esimerkiksi pienentä-

mällä kustannuksia, on kielletty (esimerkiksi *Belgiaa* koskenut C-142/87). Tuen tällainen vaikutus voi ilmetä myös tarjouskilpailun kautta. Siten periaatetasolla tarkasteltuna kaiken suuruinen julkinen tuki voi olla vastoin yhteisön oikeuden tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimusta silloin, kun samanaikaisesti toiseen jäsenvaltioon sijoittautunut tarjouksen jättäjä ei saa kansallisen järjestelmän mukaan mahdollisuutta tuen saamiseen. Yhteisön oikeuden soveltamisen kannalta ei siten ole ratkaisevaa se, millä tavoin kielletty tuki kansallisen lainsäädännön perusteella ohjataan. Myös *de minimis* -rajojen puitteissa myönnetyllä, kertasuorituksena enimmillään 200 000 euron suuruisella tuella, on ainakin paikallisessa hankinnassa kielletty vaikutus valintaan.

Yhteisöjen oikeuden nykytilassa ei ole löydettävissä perusteita sille, että palvelujen tarjontatilanteessa voittoa tavoittelematonta järjestöä voitaisiin tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun periaatteen soveltamisessa käsitellä voittoa tavoitteleviin yrityksiin nähden eri tavalla. Tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimus viranomaistoiminnassa perustuu yhtä lailla perustuslain yhdenvertaisuusperiaatteeseen, eikä kansallisten hallinto-oikeuden periaatteiden ja yhteisön oikeuden materiaalisten oikeusperiaatteiden välillä ei yleisesti ottaen ole eroavuutta. Peruste edellä todetulle johtopäätökselle on löydettävissä valtiontukisäännöistä ja siitä, että yhteisön oikeus rinnastaa järjestön taloudellisen toiminnan harjoittamisessa yrityksiin. Näin järjestöjen erilaiselle kohtelulle ei löydy oikeudellisia perusteita.

Olisi mahdollista, että tuen vaikutus eliminoitaisiin tarjousvertailussa, jotta tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimus toteutuisi. Julkisen subvention osuus tulisi siten lisätä laskennallisesti palvelujen hintaan. Jos, ottaen myös muiden valintakriteereiden soveltamisessa tasapuolisen kohtelun vaatimus huomioon, järjestö näin menetellen valittaisiin palvelun tuottajaksi, tulisi kunnan maksaa kilpailutuksen kohteena olevasta palvelusta todellinen kaikki kustannukset sisältävä korvaus. Viimeksi todettu vaatimus johtuu siitä, ettei arpajaislain mukaisella raha-automaattiavustuksella ole tarkoitus rahoittaa kunnan järjestämisvastuulla olevaa toimintaa.

3 Järjestöjen erityisaseman vaihtoehdoista

Tutkimuksen kuluessa on ollut mahdollista seurata myös palveludirektiivin (Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin palveluista sisämarkkinoilla) kehittymistä. Direktiivi tuli voimaan 28.12.2006, kun se oli julkaistu Euroopan unionin lehdessä. Palveludirektiivin todelliset kansalliset vaikutukset ovat nähtävissä vasta noin kolmen vuoden päästä, kun direktiivi on implementoitu osaksi jäsenvaltioiden kansallista lainsäädäntöä.[14] Direktiivin soveltamisalaa koskevan 2 artiklan perusteella on pelkistetysti todettavissa, että terveyspalvelut jätettiin kokonaan pois direktiivin soveltamisalasta. Samoin direktiivin ulkopuolelle jäivät sosiaalipalvelut, jotka liittyvät sosiaaliseen asumiseen, lastenhoitoon ja pysyvästi tai tilapäisesti avun tarpeessa olevien perheiden ja yksittäisten ihmisten tukemiseen ja joiden tarjoamisesta huolehtivat valtio, valtion erityisesti valtuuttamat palvelutarjoajat tai valtion tunnustamat hyväntekeväisyysjärjestöt.

Tästä laajasta määritelmästä johtuen soveltamisalasta jätettiin käytännössä pois lähes kaikki valtion ja kuntien itse tuottamat sosiaalipalvelut ja lisäksi ne palvelut, joiden tuottamisen kyseiset julkisen vallan yksiköt ovat uskoneet yksityisille palveluntarjoajille järjestöt mukaan luettuna.[15] Sen sijaan yleisiin 86 artiklan taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut (yleishyödylliset taloudelliset palvelut) jäivät 2 artiklan 2 a kohdan mukaan direktiivin soveltamisalaan. Direktiivin säätelyalan epäselvyyttä lisää kuitenkin se, ettei sosiaali- ja terveyspalveluja ole määritelty mainitun artiklan mukaisiksi palveluiksi.

Sosiaali- ja terveyspalvelujen poisjättäminen palveludirektiivin soveltamisalasta ei tarkoita sitä, että samalla poistuisi kansallisessa lainkäytössä velvollisuus perustamissopimuksen velvoitteiden huomioon ottamiseen yhteisöjen tuomioistuimen tukintakäytännön viitoittamalla tavalla. Tämän tutkimuksen johtopäätöksiin, jotka perustuvat perustamissopimukseen ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, direktiivi ei lopultakaan aiheuttanut muutostarpeita. Direktiivi ja sen johdanto-osan tulkinnat tukevat tämän tutkimuksen johtopäätöksiä. Perustamissopimuksen välittömän oikeusvaikutuksen ja suoran soveltamisen mahdollisuus on olemassa nyt muotoutuneesta direktiivistä huolimatta.

Määritellessään yleishyödylliset taloudelliset palvelut direktiivin soveltamisalaan palveludirektiivi vahvisti tässä tutkimuksessa perustamissopimuksen

---

[14] Jäsenvaltioiden on saatettava direktiivin säännösten noudattamisen edellyttämät lait, asetukset ja hallinnolliset määräykset voimaan viimeistään 28 päivänä joulukuuta 2009.

[15] Tässä tutkimuksessa ei ole voitu selvittää, millainen tässä suhteessa on kussakin jäsenmaassa vallitseva tosiasiallinen tilanne. Viitteitä tästä antaa *Karin* ja *Markwortin* selvitys, 2004.

86 artiklasta tehtyjä johtopäätöksiä. Palveludirektiivi ei anna mainittavaa lisätukea siihen, millaiset palvelut ovat yleishyödyllisiä palveluja, mutta 1 artiklan 3 kohta vahvistaa periaatteen, jonka mukaan päätösvalta kuuluu lähtökohtaisesti jäsenvaltiolle.

Tässä tutkimuksessa on arvioitu, voisivatko järjestöt olla erityisasemassa sosiaaliturvajärjestelmän toteuttajina ja siihen liittyen vielä erikseen, voisivatko ne jossain palveluissa ottaa vastatakseen julkisen palvelun tuottamisen kokonaisuudessaan. Yllä todetun mukaisesti palveludirektiivi ei tuo erityisiä rajoituksia, mikäli valtio on erityisesti valtuuttanut sosiaali- tai terveyspalvelun tuottamisen esimerkiksi hyväntekeväisyysjärjestölle. Tutkimuksessa on selvitetty niitä erityisiä vaatimuksia, joita yhteisön ja kansallinen oikeus tälle valtuuttamiselle asettaa. Seuraavassa esitetään kootusti johtopäätökset, jotka koskevat järjestöjä.

3.1 SOSIAALITURVAJÄRJESTELMÄN TOTEUTTAJINA VAIN JÄRJESTÖT

Käsillä olevan tutkimuksen edetessä on myös julkisessa keskustelussa esitetty kysymys, voitaisiinko hankintalain mukainen kilpailutus toteuttaa vain yleishyödyllisten sosiaali- ja terveysjärjestöjen kesken. Avustuslain näkökulmasta olisi käytännössä kyse tavoitteesta kilpailuttaa raha-automaattiavustusten käyttö silloin, kun avustus kohdistuu palvelun tuottamiseen. Kuntien kannalta kilpailuttaminen toteuttaisi niitä hankintalain 1 §:n sisältämiä tavoitteita, joita lailla yleensäkin tavoitellaan. Hankintayksikön pragmaattisten tavoitteiden kannalta ehdotettu järjestelmä voidaan nähdä siten, että sen tarkoituksena on säästää julkisia varoja. Käytännön tosiasiasyitä on myös se, että järjestöt ovat perinteisesti huolehtineet kyseisistä palveluista, ja myös Euroopan yhteisön rahastoista myönnettävien tukien saamisen edellytyksenä oli kilpailuttaminen. Järjestelmän ideologisena periaatteena voitaisiin katsoa olevan sen, ettei sosiaalisten hyvinvointipalvelujen tuottamiseen haluttaisi kohdistuvan voiton tavoittelua.

Yhteisöjen tuomioistuimen Italiaa koskevan ennakkoratkaisun (*Sodemare SA* C-70/95) valossa kysymys on aiheellinen. Kyseissä ratkaisussa tuomioistuin piti mahdollisena, että vain voittoa tavoittelemattomat yhteisöt saisivat osallistua kansallisen sosiaaliturvajärjestelmän ylläpitoon palvelujen tuottajina ja osallistua siinä tarkoituksessa järjestettyyn tarjouskilpailuun. Tämä rajoitus ei ollut sijoittautumisvapautta koskevan 43 artiklan ja siihen sisältyvän kansalaisuuteen perustuvan diskriminointikiellon vastainen, sillä lakiin perustuva järjestelmä rajoitti yhtä lailla sekä kotimaisia että muista jäsenvaltiosta tulevia yrityksiä. Tuomioistuin katsoi, että solidaarisuusperiaatteelle perustuvan sosiaalihuoltojärjestelmän tavoitteiden saavuttaminen sisälsi välttämättä edellä todetun rajoittavan ehdon.

Aluksi on todettava, ettei perusoikeusjärjestelmämme tunnista elinkeinon ja ammatin perusoikeuden harjoittamisen rajoitusperusteeksi sellaisenaan ehtoa, ettei jostain luonteeltaan taloudellisesta toiminnasta saisi tavoitella voittoa. Päinvastoin, alemmanasteinen lainsäädäntö tekee mahdolliseksi sen, että myös sosiaali- ja terveyspalvelutoimintaa harjoittamalla on mahdollista osallistua voiton tavoitteluun, toisin sanoen harjoittaa elannon hankkimiseksi perustuslain 18 §:n mukaista elinkeinoa tai ammattia. Nykyisin voimassa olevat periaatteet on omaksuttu jo 1980-luvun alussa sosiaaliturvajärjestelmän (1982 SVOL) toteutuksessa. Lain soveltamisessa myös yksityiset, voittoa tavoittelevat yritykset voivat osallistua palvelujen tuottamiseen, kun kunta haluaa järjestää palvelut ostopalveluina oman organisaationsa ulkopuolelta. Tämä periaate koskee myös nykyisen STVOL:n mukaan kaikkia sosiaaliturvajärjestelmään kuuluvia palveluja.

Ajatuksena ehdotetussa vaihtoehdossa on ilmeisestikin se, että hankintamenettelyyn osallistuisivat vain järjestöt, jotka kilpailisivat keskenään kuntien hankintasopimuksista. Huomattava on kuitenkin se, että edellä mainittu ennakkoratkaisu edellyttää, että tarjoajaksi olisi hyväksyttävä voittoa tavoittelematon yrityskin.[16] Tämän tutkimuksen tavoitteista johtuen huomioon on pyritty ottamaan myös järjestöjen saamat raha-automaattiavustukset. Avustusten huomioon ottamista edellyttää myös mahdollisuus, että myös voittoa tavoittelematon, esimerkiksi ulkomainen yritys haluaisikin osallistua tarjouskilpailuun. Tarjotakseen kyseisiä palveluja toisesta jäsenmaasta tulevan yhteisön tulisi sijoittautua Suomeen ja noudattaa sen lainsäädäntöä. Edellä todetun vaihtoehdon huomioon ottamista voidaan arvostella turhasta teoretisoinnista.

Arpajaislain 22 §:n mukaiset yhteisöt täyttäisivät ennakkoratkaisun mukaiset ehdot. Mahdollisuus ei sulkeudu siksikään pois, ettei edellä mainittu lainkohta edellytä yhteisön olevan kotimainen, vaikka kotimaisuus on ollut kantavana ideana koko raha-automaattijärjestelmän olemassaolon ajan. Yleishyödylliset sosiaali- ja terveysjärjestöt olisivat Italian kaltaisessa järjestelmässä sinänsä taloudellisia toimijoita, mutta johdonmukaisesti toteutetun kansallisen sosiaaliturvajärjestelmän piirteenä olisi vaatimus siitä, että palvelun tuottajat eivät saa tavoitella voittoa. Tämän valinnan voidaan katsoa olevan puhtaasti arvoperustainen, ja sellaisenaan se ei vastaa Euroopan yhteisön perustamissopimuksen ja kansallisen perustuslain lähtökohtana oleva markkinaideologiaa.

Olisiko kuitenkin *Sodemare*-ratkaisun kaltainen järjestelmä yksittäisiä palveluja koskevana muodostettavissa Suomessakin lainsäädäntöä kehittämällä? On pidettävä useista syistä epärealistisena sitä, että vuosikymmenten kuluessa kehit-

---

[16] *Sodemare*-ratkaisun perusteella voidaan ensiksi todeta, että *Karin* ja *Markwortin* keräämien taustatietojen mukaan näyttäisi siltä, että Italiassa myös voittoa tavoittelemattomat yhteisöt kilpailutetaan. Tämä perustuu ilmeisestikin EU-projektirahoituksen saamisen ehtoihin. Tässä tutkimuksessa ei tätä kysymystä kuitenkaan ole ollut mahdollista selvittää yksityiskohtaisemmin.

tyneet yksityiset sosiaali- ja terveyspalvelujen markkinat lakkautettaisiin. Järjestöjohtajistakin vain muutamat uskovat siihen, että vapaaehtoistyö ja järjestötoiminta voisivat milloinkaan korvata julkisia palveluja.[17]

Mikäli raha-automaattiavustuksia käytettäisiin sosiaali- ja terveyspalvelujen rahoitukseen, olisi perusteita vaatia, että avustuslain sisältämä tukijärjestelmä sovitettaisiin yhteen sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtionosuudesta annetun lain (STVOL) kanssa. Tämä muutos varmistaisi kuntien tasapuolisen kohtelun toteutumisen. Muussa tapauksessa tulisi hyväksyä järjestöjen kansalaisaktiivisuus kunnan saaman tuen positiivisena tekijänä, sillä tuen kohdistuminen riippuisi myös siitä, missä määrin eri järjestöt hakisivat avustuksia. Kun avustuslain tarkoituksena on, ettei raha-automaattiavustusta käytetä julkisyhteisöjen vastuulla oleviin menoihin, tulisi samassa yhteydessä myös tästä periaatteesta luopua.

Hankintalain vaatiman tasapuolisen kohtelun vaatimuksen johdosta olisi varmistettava se, että kaikilla kilpailuun osallistuvilla järjestöillä ja voittoa tavoittelemattomilla kotimaisilla tai ulkomaisilla yrityksillä olisi yhtäläinen mahdollisuus avustuksen saantiin, tai vielä yksityiskohtaisemmin todettuna, järjestöjen ennen kilpailutusta saamien avustusten vaikutuksen tarjoukseen tulisi olla tasapuolinen. Mikäli järjestöt sopisivat markkinoiden jaosta keskenään, tätä sopimusta voitaisiin arvioida kilpailusääntöjen vastaisena kiellettynä sopimuksena. Tarjousvertailussa jouduttaisiin ilmeisestikin hyväksymään tosiasiana se, että tarjouksen saattaa voittaa järjestö, jonka toiminnan julkiset investointituet ovat olleet vähäisimmät. Vaarana on siten näiden investointien jääminen hyödyntämättä.

Edellä esitetyt esimerkit vaikutuksista osoittavat sen, että Italian kaltaisen järjestelmän omaksuminen Suomessa tuottaisi varsin suuria ongelmia, kun lähtökohtana on suomalaisen oikeusjärjestyksen johdonmukaisuus sekä nyt voimassa oleva käytännön tapa tuottaa palveluja.

Järjestöjen kannalta kysymys olisi tässäkin mallissa kilpailun ideologian omaksumisesta, vaikka kilpailu tapahtuisi vain ”vertaisten” voittoa tavoittelemattomien toimijoiden, välttämättä ei kuitenkaan vain aatteellisten yhdistysten joukossa. Palvelujen tuottaminen perustuisi *Sodemare*-mallissakin kilpailuun. Järjestöjen palvelujen tuottamiseen kohdistuva kilpailu perustuisi dynaamisen tehokkuuden aikaansaamiseen, jolloin paine kohdistuisi myös palvelujen jatkuvaan kehittämiseen. Tämän tulisikin olla lopputuloksena kuntatalouden käytännön tavoitteiden kannalta. Sen sijaan kilpailun sosiaalisen perusoikeuden toteutumiselle tuomaa uhkaa tämä malli ei sellaisenaan eliminoisi. Edellä esitetyn

---

[17] *Helander*, 2005, s. 103. Myöskään säästöjen aikaansaaminen järjestöjen tuottaessa palveluja ei järjestöjohtajien mielestä ollut yksiselitteistä.

mukaisesti on tehtävissä johtopäätös, että nyt käsitellyn järjestelmän halutaankin johtavan siihen, ettei tosiasiallista kilpailua missään olosuhteissa syntyisikään.

Kuntalainsäädäntöön liittyy osana varojen käytön vaikuttavuutta pragmaattisena tavoitteena julkisten varojen tehokas käyttö (Kunnalliskomitean mietintö 1993:33). Tätä toteuttaa osaltaan hankintalainsäädäntö määritellessään erääksi lain tavoitteeksi tehostaa julkisten varojen käyttöä. Tämän tavoitteen toteuttamisen mahdollisuus olisi nykyistäkin vähäisempi, mikäli palveluja tarjoamassa olisi entistä pienempi joukko potentiaalisia tarjoajia. Kilpailua tuskin syntyisi. Vasta-argumenttina olisi tässä tilanteessa yksityisen tavoitteleman voittomarginaalin säästyminen. Kilpailun puutteen, mahdollisen monopoliaseman aiheuttama tehottomuus tulisi korvata muulla tavoin. Näitä keinoja voisivat olla toiminnan läpinäkyvyyden ja palvelun tuottajan kustannustason valvontamahdollisuuksien lisääminen.

Käytännössä lienee vaikea määritellä kriteeriä, jonka perusteella jokin palvelu kuuluisi ryhmään, johon ei saa kohdistua yksityinen voitontavoittelua ja ryhmään, jossa voiton tavoittelu sallitaan. Erikseen määrättyjen palvelujen varaaminen vain järjestöjen tuotettaviksi tarkoittaisi sitä, että elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeus ei voisi toteutua lainkaan näissä palveluissa. Tälle rajoittamiselle on myös kansallisen perusoikeusjärjestelmän puitteissa oltava välttämättömät syyt. Rajoitus ei saa mennä pitemmälle kuin on perustelua ottaen huomioon rajoituksen taustalla olevan yhteiskunnallisen intressin painavuus suhteessa rajoitettavaan oikeushyvään (PvM 25/2004 vp, s. 5).

Ilman edellä arvioitua periaatteellista palvelujen tuottajien rajaamista perusoikeusjärjestelmä antaa periaatteellisesti mahdollisuudet sille, että yksilön sosiaalisten perusoikeuksien suojaaminen on mahdollista. Julkisen vallan yksikkö, valtio tai kunta, voi palvelulajikohtaisesti ja yksilön *integriteetti* huomioon ottaen halutessaan järjestää palvelun siten, että markkinoiden toiminta ei muodosta uhkaa yksilön perusoikeuksille. Rajoittamiselle tulee tällaisessa tapauksessa olla osoitettavissa pakottavat syyt. Palvelut voidaan järjestää lainsäädännön asettamien ehtojen puitteissa myös julkisyhteisön toimesta tai julkisyhteisöjen yhteistoiminnalla. Palvelut voidaan järjestää myös ostopalveluina. Viimeksi mainitussa vaihtoehdossa julkisyhteisön tulee organisoida palvelun tuotannon valvonta siten tehokkaasti, etteivät asiakkaan tai potilaan perusoikeudet vaarannu.

Tässä tutkimuksessa on pyritty kiinnittämään erityistä huomiota oikeudenkäytön johdonmukaisuuteen, ja sen mukaisesti sosiaali- ja terveysjärjestöjen aseman kokonaisvaltaiseen perusteltavuuteen. Johdonmukaisuuden syvin olemus on siinä, että se toteutuu johdonmukaisuutena lainsäädännön perustana olevissa tausta-arvoissa, tässä tutkimuksessa moraaliperiaatteen asettamisena johdonmukaisesti yhteiskunnan taloudelliseen tilaan liittyvän tavoiteperiaatteen edelle. Perusoikeusjärjestelmä kuvastaa kokonaisuudessaan markkinatalousjärjestelmää, joka perustuu elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauteen ja sen

mukaiseen kilpailuun ja voiton saamisen mahdollisuuteen.[18] Tähän kuuluu idea markkinoiden toimivuuden aikaansaamasta tehokkuuden lisäyksestä ja taloudellista kasvusta. Tässä valossa yksittäistenkään palveluiden osalta ei voida pitää perusoikeusjärjestelmän mukaisena argumenttina tarvetta estää voiton tavoittelua. Perusoikeusjärjestelmä hyväksyy voiton tavoittelun ja pikemminkin kannustaa siihen kuin estää sitä.[19]

Perusoikeusjärjestelmän puitteissa on vaikea löytää välttämättömiä syitä sille, että sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen varattaisiin vain voittoa tavoittelemattomille yhteisöille, jos kyse on vain halusta estää voiton tavoittelu. Perusoikeusjärjestelmä on myös arvojärjestelmä. Se sisältää merkittävällä painoarvolla myös markkinatalouden perusteet, joihin kuuluvat elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapaus ja sopimusoikeus.

3.2 SOSIAALI- JA TERVEYSJÄRJESTÖT JULKISEN PALVELUN SUORITTAJINA

Tarkoituksenmukaista on ollut esittää jo edellä (osa V, luku 4) yksityiskohtainen pohdinta siitä, olisiko sosiaali- ja terveysjärjestölle mahdollista antaa sosiaali- ja terveyspalvelun toteuttamisessa julkisen palvelun tehtävä. Samassa yhteydessä on arvioitu mahdollisuutta antaa tähän tehtävään liittyvä erityis- tai yksinoikeus. Tämän vuoksi tässä johtopäätösosuudessa tuodaan esille vain muutamia periaatteellisia näkökohtia.

Perustamissopimuksen 86 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä taikka yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa perustamissopimuksen, etenkin sen 12 ja 81–89 artiklan määräysten kanssa. Vaikka yhteisön oikeus ei periaatteessa estäisikään palvelumonopolien säilyttämistä taikka uusien perustamista, niiden ylläpitäminen tai perustaminen ei ole mahdollista ilman yhteisön oikeuden hyväksymiä perusteita. Perustamissopimuksen 86 artiklan mukaan ehtona on myös vaatimus kansalaisuuteen perustuvan diskriminointikiellon noudattamisesta ja kilpailusääntöjen sekä julkista tukea koskevan kiellon noudattaminen.

---

[18] Vrt. *Pöyhösen* ajatus toimivista markkinoista perusoikeutena, jonka voidaan katsoa kuvastavan ainakin osittain samaa näkökohtaa.

[19] Vrt. Saksan liittovaltion perustuslakituomioistuimen tuomio 28.3.2006, 1 BvR 1054/01, k. 110. Tuomioistuin katsoi, ettei kieltoa ihmisten pelihalun hyödyntämisestä yksityisen ja kaupallisen voiton tavoittelussa voida myöskään pitää perustuslain hyväksyttävänä tavoitteena, jos kiellon tarkoituksena on vain sulkea pois yksityisen voiton tavoittelu. Saksan perustuslain 12 artiklan 1 kohta suojaa ammatinharjoittamisen vapauden, joka turvaa jokaisen oikeuden ansaita elantonsa valitsemallaan ammatilla. Kyseisen perusoikeuden suoja kattaa myös yritykset (k. 81).

Erityisoikeus ja yksinoikeus liittyvät myös 86 artiklan 2 kohdan soveltamiseen. Se sisältää käsitteen ”yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu”, josta käytetään tässä tutkimuksessa useissa yhteyksissä yksinkertaisuuden vuoksi myös yleishyödyllisen taloudellisen palvelun termiä. Yhteisön lainsäädännössä käsitettä ei ole määritelty. Käsitteen sisältö on vaikeasti ymmärrettävissä ja siksi sitä on pyritty avaamaan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön ja komission tiedonantojen perusteella. Johtopäätöksenä itse palvelun käsitteestä voidaan todeta, että mainitusta palvelusta on kyse, kun palvelu voi olla taloudellisen vaihdannan välineenä (”*market service*”).

Tämä tarkoittaa sitä, että 86 artiklan 2 kohdan tarkoittama palvelu voidaan tuottaa myös kilpailluilla markkinoilla markkinaehtoisesti. Samalla käsite tarkoittaa asiakkaan palveluun kohdistuvaa kysyntää ja yritysten kiinnostusta hyödyntää kysyntää liiketoiminnallisesti. Viranomaisten itsensä viranomaisominaisuudessa tuottamia palveluja (”määrätehtäviä”) ei käsite sisällä. Kyseinen palvelu on luonteeltaan siten perustamissopimuksen 50 artiklan tarkoittamaa palvelua, jota koskevat myös perustamissopimuksen sisältämät palvelujen tarjontaa koskevat vapausoikeudet.

Edellä todetun luonteisiin palveluihin liittyy 86 artiklan 2 kohdan soveltamistilanteessa kuitenkin tavanomaisesta poikkeavia vaatimuksia. Jäsenvaltiolla on lähtökohtaisesti päätösvalta siitä, mikä palvelu katsotaan artiklan tarkoittamaksi yleishyödylliseksi palveluksi (*Albany* C-67/96). Tämän tutkimuksen johtopäätöksen mukaan perusoikeutena turvattuja sosiaali- ja terveyspalveluja voidaan pitää 86 artiklan 2 kohdan mukaisina palveluina. Sosiaalisten perusoikeuksien toteutumiseen nämä yleishyödylliset palvelut liittyvät siten, että järjestämällä kyseisiä palveluja viranomainen toteuttaa perustuslain 19 §:n 3 momentin perusoikeutta. Tämä voi tapahtua STVOL:n 4 §:n 1 momentin mukaan myös ostopalveluna. Siten myös kansallisen oikeuden kannalta kyse on luonteeltaan taloudellisista ja markkinaehtoisista palveluista.

Mikäli 86 artiklan 1 ja 2 kohdan mukaiset yleiset edellytykset sosiaalipalvelun tarjoamiseen julkisen palvelun tehtävän muodossa täyttyisivät, voitaisiin käyttää myös julkista rahoitusta – esimerkiksi Raha-automaattiyhdistyksen tuottoa – tehtävän rahoitukseen. Tuottojen käyttötarkoitusta koskevaa lainsäädäntöä olisi aikaisemmin esitetyistä syistä tarkistettava, jotta johdonmukaisuusvaatimus valtion rahoituksen osalta toteutuisi. Kun tuki kattaisi palvelun järjestämisestä aiheutuvat välttämättömät kustannukset ja enintään normaalin liikevoiton, rahoitusta ei olisi pidettävä julkista tukea koskevan kiellon vastaisena (*Altmark Trans* C-280/00).

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan yksinoikeuden antamista (”uskomista”) koskeva välttämättömyystesti tarkoittaa taloudellista arviointia, jolloin kyse on annetun tehtävän hoitamiseksi tarvittavasta riittävästä *liikevaihdosta ja tarvittavasta taloudellisesta tasapainosta*. Ratkaistava on kuitenkin se,

miten tehtäväksi uskomisen tulisi tapahtua, jos julkisen palvelun tehtävä haluttaisiin antaa jollekin sosiaali- ja terveysjärjestölle. Palvelutehtävään liittyvän yksinoikeuden antamista suoraan lailla rajoittaa yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntö, jonka mukaan, mikäli sopimuksen tekemistä ei ole lainkaan kilpailutettu, ei menettely ole perustamissopimuksen sijoittautumisvapautta koskevan 43 artiklan eikä palvelujen tarjontaa koskevan 49 artiklan mukaista, eikä myöskään yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja avoimuuden periaatteiden mukaista (*Parking Brixen* C-458/03).

Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö tarkoittaa käytännössä sitä, että viranomaisen aie sosiaali- ja terveyspalvelua koskevan julkisen palvelutehtävän antamiseen tulisi suhteellisuusperiaatetta noudattaen ilmoittaa riittävässä laajuudessa, tehtäväksiannon taloudellisesta merkityksestä riippuen yhteisön laajuisestikin. Tästä velvollisuudesta ei vapauta myöskään se, että sosiaali- ja terveyspalvelut on jätetty hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle. Kansallisen perusoikeusjärjestelmän perusteella on tässä tutkimuksessa päädytty käytännössä samaan johtopäätökseen, kun kyse on velvollisuudesta ilmoittaa palvelutehtävän antamisesta kansallisessa laajuudessa.

Palvelutehtävän antaminen edellyttäisi siten sitä koskevan palveluhankintatarpeen riittävää julkistamista. Hankintalaissa sosiaali- ja terveyspalvelua koskeva kilpailuttamisvelvollisuus on otettu jo huomioon siten, että sen on katsottava noudattavan myös yhteisön oikeuden vaatimuksia. Julkisen palvelun tehtäväksianto pannaan toimeen yksityisoikeudellisella sopimuksella, sillä siinä ei ole kyse julkisen hallintotehtävän siirrosta. Sopimus on siten luonteeltaan hankintasääntöjen tarkoittama hankintasopimus, johon liittyy viranomaisen julkisen tehtävän toteuttamiseksi sisällyttämät erityisvaatimukset, kuten palvelujen alueellinen ja henkilöllinen kattavuus. Näillä viranomaistaho varmistaa sen, että palvelutehtävän saaneella yrityksellä on toisaalta kiinnostusta ja toisaalta velvollisuus hoitaa tehtävät yleispalveluvelvoitteen mukaisesti. Tarvittavan julkisen rahoituksen määrä määräytyy kilpailuttamisen yhteydessä.[20]

Mikäli julkistamisen jälkeen ei palvelutehtävästä syntyisi kilpailua muiden tarjoajien puuttumisen takia tai siitä syystä, ettei tarjoajia tai tarjouksia voida hyväksyä, olisi mahdollisuus neuvotella sopimuksesta suoraan myös järjestön kanssa.

Edellä todetun johtopäätöksen voidaan katsoa olevan ristiriidassa järjestöjen nykyisen todellisen aseman sekä siitä olevan käsityksen kanssa. Esimerkiksi

---

[20] Vrt. *Arrowsmith*, 2005, s. 238. Aikaisemman oikeuskirjallisuuden ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella Arrowsmith pohtii siten, että olisi perusteita katsoa toimiluvansaajan toimivan normaalien markkinavaatimusten mukaisesti, jos yksinoikeus olisi annettu toimiluvalla. Tämä johtuu siitä, että toimiluvan saanut on joutunut avoimessa ja diskriminoimattomassa menettelyssä kilpailemaan saadakseen toimiluvan.

eräät päihde-, invalidi- sekä lastensuojelujärjestöt toteuttavat käytännössä julkisen palvelun tehtävää, vaikka sitä ei olekaan niille annettu tässä tutkimuksessa esitetyllä tavalla. Kansallisen oikeusjärjestyksen johdonmukainen soveltaminen johtaa kuitenkin edellä esitettyihin johtopäätöksiin ilman, että tulkinnassa olisi omaksuttu mitenkään erityistä ”puhdasoppisuutta”. Tässäkin yhteydessä toistaiseksi ratkaisemattoman käsitysten ristiriidan syyn voi paikantaa Euroopan yhteisön oikeusjärjestykseen, joka kohdistaa etusijavaikutuksensa myös kansalliseen sosiaaliturvajärjestelmään. On vaikea hyväksyä tulkintaa, jonka mukaan yhteisön sisämarkkina- ja kilpailusäännöt romuttavat vuosikymmeniä hyvin toimineen kuntien ja järjestöjen yhteistoiminnan.

Näyttäisi mahdolliselta, että eräissä tapauksissa voitaisiin harkita sosiaalisen perusoikeuden turvaamista antamalla sosiaali- ja terveyspalvelun tuottamiseen lain nojalla yksinoikeus. Tällaisen lainsäädännön välttämättömyys olisi kyettävä konkreettisesti perustelemaan sillä, ettei kyseisellä palvelualueella pitkälläkään aikavälillä ole edellytyksiä markkinaehtoiseen toimintaan.[21] Tässä yhteydessä olisi ratkaistava myös hankintasäännösten aiheuttamat jännitteet, sillä hankintalaki nyt säädetyssä muodossaan edellyttää poikkeuksetta noudatettavaksi siinä säädettyjä hankinnan menettelytapoja.

Yhteisöjen tuomioistuimen edellyttämä markkina-arvio olisi vähimmäisvaatimuksena välttämätön. Yksinoikeuden antamisen suhteellisuutta punnittaessa tulisi sekä kansallisen perusoikeusjärjestelmän että yhteisön oikeuden näkökulmasta arvioida sen välttämättömyys palveluilla turvatun sosiaalisen perusoikeuden toteuttamiseksi (eli yksinoikeuden olisi läpäistävä *sopivuustesti*). Lainsäädännön laatimiseen liittyvä korostunut avoimuus ja lausuntomenettely olisivat omiaan kansallisesti varmistamaan sen, ettei julkisen palvelun tehtävän uskominen loukkaisi jonkun perusteltuja oikeuksia. Elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuden turvasta ja perustuslakivaliokunnan sen rajoittamisen ehdoksi asettamista vaatimuksista seuraa se, että mahdollisuudet julkisen palvelun tehtävän suoraan antamiseen jäävät käytännössä vähäisiksi. Perustamissopimuksen 86 artiklan 3 kohdan mukaan Euroopan yhteisön komissiolla on mahdollisuus kysyttäessä antaa asiaa koskeva päätös.

Oikeusjärjestyksemme mukaan perustuslakivaliokunnan ratkaistavaksi lopulta jäisi, mikäli jokin erikseen määritelty sosiaali- tai terveyspalvelujen osa lainsäädäntötoimenpitein haluttaisiin antaa jollekin toimijalle suoraan julkisena palvelutehtävänä. Jotta kyseiseen palveluun liittyvä perusoikeus tulisi turvatuksi, tulisi perustellusti osoittaa välttämätön tarve tuon tehtävän pysyvään antamiseen. Tulisi osoittaa, ettei palvelutehtävään liittyvää erityis- tai yksinoikeutta

[21] Ei ole nähtävissä, että pitkien etäisyyksien päässä harvaanasutuilla alueilla, esimerkiksi Utsjoen kunnassa, olisi syntymässä toimivien markkinoiden olosuhteita, joissa erityisryhmien palvelut voitaisiin hankkia kilpailuttamalla.

katsottaisi suhteettomaksi toimenpiteeksi järjestelyn perusteena olevien tavoitteiden saavuttamiseksi.

Julkisyhteisöllä on aina mahdollisuus vastata julkisen palvelun tehtävästä organisoimalla se viranomaistoimintana. Mikäli julkisen vallan yksikkö kuitenkin haluasi siirtää selvästi oikeusjärjestyksessä sille sälytettyä palvelujen *järjestämisvastuutaan* järjestöille, olisi siirtoa pidettävä julkisen vallan yksiköille määrätyn vastuun kannalta epäjohdonmukaisena. Ilman erityistä lainsäädäntöä vastuun siirto ei ole mahdollista. Julkisen palvelun tehtävän siirrossa ei voisikaan olla kyse perustuslain 124 §:n mukaan toteutettavasta *järjestämisvastuun* siirrosta, vaan ainoastaan *palvelutehtävän uskomisesta* järjestölle.

Julkisoikeudellista laitosta koskevat edellytykset täyttyvät järjestön funktionaalisten piirteiden perusteella, joten merkityksellistä ei yhteisön oikeuden näkökulmasta sinänsä ole se, miten tehtäväksi anto toteutetaan (esimerkiksi asiat C-380/98 *Cambridge* ja C-44/96 *Mannesmann*). Sen sijaan viranomaisen ja tehtävän saaneen väliseen sopimukseen ei hankintadirektiivin 18 artiklan ja vastaavan hankintalain 12 §:n soveltamisrajausta koskevan säännöksen mukaan säännöksiä tarvitsisi soveltaa. Palvelun tarvitsijat hankkisivat tarvitsemansa sosiaali- ja terveyspalvelut kyseiseltä tehtävän saaneelta yksiköltä ilman, että niitä enää erikseen tarvitsisi kilpailuttaa.

Yhdistyksen autonomiaperiaatteeseen perustuva itsenäinen päätöksentekomahdollisuus joutuisi edellä kuvatussa järjestelyssä selvästikin koetukselle, mutta järjestöjen historiallisesta roolista johtuen uhkaa järjestöautonomian menettämisestä ei tarvitsisi pitää tehtäväksiannon ehdottomasti estävänä syynä. Palvelutehtävän saaneen yhdistyksen aatteellisuuden toteutumisen kannalta lailla tapahtuvan *palvelutehtävän* annon seurauksena ei ole nähtävissä sovittamatonta ristiriitaa silloin, kun yhdistyksen saama julkisen palvelun tehtävä on myös yhdistyksen aatteellisen tarkoituksen mukainen.

Hankintasääntöjen soveltaminen edellä käsitellyssä järjestelyssä voidaan ohittaa tässä yhteenvedossa maininnalla. Mikäli järjestölle myönnettäisiin julkisen palvelun tehtävä perustamissopimuksen hyväksymällä tavalla lailla, tulisi järjestöstä samalla hankintaviranomainen tai hankintalain terminologian mukaisesti hankintayksikkö, jonka tulisi noudattaa hankintalain mukaisia menettelytapoja hankinnoissaan.

4 Perusoikeudet sekä sosiaali- ja terveyspalveluja koskeva hankintamenettely

Hankintalain keskeisin velvoite on julkisten hankintojen kilpailuttamisvaatimus, jolla pyritään aikaansaamaan mm. julkisten varojen käytön tehokkuutta. Taloudellisella tarkoituksenmukaisuudella julkisissa hankinnoissa tavoitellaan hankintayksikön tarpeita hinta-laatusuhteeltaan parhaiten vastaavaa ratkaisua (HE 50/2006 vp, s. 46). Hankintalain tulisi kuitenkin toimia myös julkisyhteisölle muussa lainsäädännössä määrättyjen tehtävien, mm. sosiaali- ja terveyspalvelujen, järjestämisessä. Tähän viranomaisen vastuuseen hankintalain säätelytarkoitus ei ulotu, sillä hankintalaki on viranomaisen vastuuseen nähden välineellisessä suhteessa. Tämän tutkimuksen painopisteenä on ollut arvioida, miten sosiaaliset perusoikeudet toteutuvat hankintamenettelyssä. Hankintalainsäädäntö on antanut samalla aiheen tarkastella sosiaali- ja terveysjärjestöjen asemaa laajemminkin.

Sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevien hankintalain määräyksien toimivuutta on käsillä olevassa tutkimuksessa arvioitu sekä kansallisen että Euroopan yhteisön oikeusjärjestyksen perusteella. Kysymys on ollut siitä, millä tavoin erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluja koskevat yleisestä kilpailuttamisvelvollisuudesta poikkeavat säännökset ovat perusteltavissa. Myös tässä yhteydessä on syytä palauttaa mieleen, etteivät kuntien pragmaattiset tavoitteet varojen säästöstä voi olla yksin perusteena toimenpiteelle, joka rajoittaa palvelun tarjonnan vapautta (näin esimerkiksi asiassa *Müller-Fauré and van Riet* C-385/99, k. 72).

Seuraavaksi esitetään tutkimuksen perusteella yhteenveto siitä, miten hankintalainsäädäntö toimii edellä todettujen sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestämisessä, kun huomioon otetaan sosiaaliset perusoikeudet ja hankintatilanteessa vaikuttavat muut perusoikeudet.

4.1 PERUSOIKEUKSIEN KESKINÄISTEN JÄNNITTEIDEN HALLINTA

Yhden perusoikeuden turvaamisen yhteydessä joudutaan usein tarkastelemaan samanaikaisesti myös sitä, mitä vaikutusta turvaamistoimenpiteellä on muiden perusoikeuksien toteutumiseen. Näin on myös tässä tutkimuksessa tarkasteltaessa sosiaalisten perusoikeuksien toteutumista hankintamenettelyssä. Lainkäytön lähtökohtaisena tavoitteena voidaan pitää sitä, että kaikki soveltamistilanteessa

huomioon otettavat perusoikeudet voisivat toteutua mahdollisimman pitkälle. Perusoikeuksien keskeisen painoarvon määrittelyssä on mahdollista tukeutua niiden keskinäiseen punnintaan, joka on tehtävissä suhteellisuusperiaatetta noudattaen (ks. suhteellisuusperiaatteesta osa I, luku 5.4).

Eduskunnan perustuslakivaliokunnan kontrollin tarkoituksena on osaltaan varmistaa säädettävän lain perustuslainmukaisuus. Tällaisessa tapauksessa alemmanasteista lainsäädäntöä voidaan pitää perustuslain mukaisena, jolloin lainsäädäntö saattaa sisältää jo valmiin, ei kuitenkaan ehdottomasti sitovan kannanoton perusoikeuksien keskinäisestä etusijajärjestyksestä. Tutkimuksen kohteena ollutta hankintalakia ei ole nähty tarpeelliseksi saattaa perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi, joten tietoista arviointia perusoikeuksien toteutumisesta ei ole tehty. Tämä ei tarkoita kuitenkaan sitä, ettei myös hankintalailla olisi liittymiä perustuslain sisältämiin perusoikeuksiin.

Merkityksellistä on ollut havaita, että perustuslaissa ilmaistu halu suojata yksilön oikeus riittäviin sosiaali- ja terveyspalveluihin saattaa joissain tapauksissa rajoittaa perusoikeutena perustuslain 18 §:n 1 momentissa turvatun elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden toteutumista, tai muodostaa ainakin jännitteen kyseisten perusoikeuksien toteutumisen välille. Ääritilannetta edustaa edellä todetussa mielessä se, että yhdelle järjestölle annettaisiin rajoittamattomaksi ajaksi valtakunnallinen sosiaali- ja terveyspalvelun tuottamista koskeva yksinoikeus. Tämä toimenpide estäisi muita yrityksiä toimimasta kyseisellä palvelualalla.

Sosiaalisten perusoikeuksien ja Euroopan yhteisön perustamissopimuksen turvaamien vapausoikeuksien ollessa kyseessä lähtökohdaksi tulee edelleenkin omaksua EY-oikeusmyönteinen tulkinta. Yhteisön perustamissopimuksen sisältämiä vapausoikeuksia voidaan rajoittaa vain yhteisön oikeuden hyväksymillä perusteilla. Mahdollisuutta punnita elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeutta sekä sosiaali- ja terveyspalveluihin liittyvää perusoikeutta ei ole olemassa siitä yksinkertaisesta syystä, että yhteisön oikeuden soveltamisessa ei ole toistaiseksi tunnustettu viimeksi mainittua perusoikeutta.

Jotta vapausoikeuksiin kuuluvia palvelujen liikkuvuutta ja sijoittautumisvapautta voitaisiin rajoittaa, rajoittavan toimenpiteen on läpäistävä *suhteellisuusperiaatetta* toteuttava testi. Siten sosiaalisen perusoikeuden ja mainittujen perustamissopimuksen turvaamien vapausoikeuksien konfliktissa vapausoikeuksien rajoittamisessa käyttöön otettava toimenpide tulee kyetä perustelemaan yhteisöjen tuomioistuimen hyväksymillä ratkaisuperiaatteilla eli *tarkoituksenmukaisuus*-, *välttämättömyys*- ja *suhteellisuusperiaatteilla*. Esimerkkeinä rajoittavista toimenpiteistä voidaan mainita jo edellä käsitelty palvelutoimintaa varten annettu yksinoikeus tai hankintalakiin sisällytetty mahdollisuus suorahankinnan tekemiseen.

Tässä tutkimuksessa on arvioitu suhteellisuusperiaatteeseen perustuvan tulkintamallin avulla hankintalain toimivuutta sosiaali- ja terveyspalvelujen järjes-

tämisessä. Tulkittaessa kansallista oikeutta suhteellisuusperiaate yhdenmukaistuu perusoikeuslähtöiseen tulkinnan kanssa. Kansallisen oikeuden soveltamisessa perusoikeudet toimivat oikeusperiaatteina. Suhteellisuusperiaate tulkintaperiaatteena laajassa merkityksessä kokoaa ratkaisuperusteina yhteen *tarkoituksenmukaisuusperiaatteen*, *välttämättömyysperiaatteen* ja *suhteellisuusperiaatteen* sen suppeassa merkityksessä. Tarkoituksenmukaisuus- ja välttämättömyysperiaatteet ovat lähtöisin velvollisuudesta toteuttaa periaatteet (perusoikeudet) siten kuin niiden toteuttaminen on *suurimmassa määrin mahdollista*, kun huomioon otetaan oikeudelliset ja käytännön mahdollisuudet. Suhteellisuusperiaate suppeassa mielessä on peräisin velvollisuudesta toteuttaa periaatteet niin pitkälle kuin on mahdollista suhteessa *oikeuden* suomiin mahdollisuuksiin, mikä tarkoittaa niiden toteutusta ennen kaikkea verrattuna vastaperiaatteisiin. Tämä periaatteiden käyttö ilmentää ns. *pareto*-optimaalisuuden ideaa.

Euroopan yhteisön oikeudessa muodostettu *suhteellisuustesti* ei poikkea kansallisen perusoikeusjärjestelmän periaatteellisista vaatimuksista, vaikkakin tähän on kiinnitetty viimeaikaisessa perusoikeuksia koskevassa arvioinnissa varsin vähän huomiota. Perustuslakivaliokunnan mietinnön (PeVM 25/1994, s. 5) mukaan perusoikeuksien rajoittaminen edellyttää yhtä lailla suhteellisuustestin läpäisyä. Elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden ytimeen menevä rajoittaminen edellyttäisi kuitenkin jo perustuslain säätämisjärjestyksessä tapahtuvaa lainsäädäntöä. Siten, kun rajoittava toimenpide läpäisee suhteellisuustestin perustuslakivaliokunnan mietinnössään linjaamalla tavalla, sosiaalisten perusoikeuksien kyseessä ollessa samalla täyttyvät suurella todennäköisyydellä myös yhteisön oikeuden vastaavat vaatimukset. Rajoituksien tulee soveltua joka tapauksessa samalla tavalla sekä oman maan että toisen jäsenvaltion yrityksiin ja kansalaisiin.

Kuluttajan – sosiaalihuollon asiakkaan tai terveydenhuollon potilaan edun kannalta – suhteellisuusperiaatteen toteutuminen merkitsisi, että käytettävissä oleva hankintamenettely toteuttaisi mahdollisimman maksimaalisesti perustuslain 19 §:n 3 momentissa turvattua ja alemmanasteisen lainsäädännön perusteella määräytyvää oikeutta sosiaali- ja terveyspalveluun. Asiakkaan tai potilaan edun turvaaminen olisi palvelun järjestämisen painokkain tekijä. Tarkasteltaessa, miten hankintalain sosiaali- ja terveyspalveluhankintaa koskevat menettelytavat ovat omiaan edistämään sosiaalista perusoikeutta, on edellä olevan johdosta kiinnitettävä huomiota kunnan vastuun, yksilöiden oikeuksien sekä elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden ja samalla järjestöjen toimintavapauden toteutumiseen.

Perusoikeuden sosiaali- ja terveyspalveluun tulisi toteutua mahdollisimman maksimaalisesti, kun samanaikaisesti tulee huomioon otettavaksi tämän kanssa vastakkainen periaate tai periaatteet. Pragmaattisista kuntataloudellisista syistä hankintamenettelyn tulisi toteuttaa kunnan laissa määritellyt tehtävät mahdolli-

simman kustannustehokkaalla tavalla. Yritysten ja vastaavien kannalta menettelyn tulisi olla sellainen, että se edistäisi perustuslain 18 §:n 1 momentin sisältämän elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden toteutumista, eli hankintalain tavoitteen mukaan edistäisi yritysten tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota palveluja.

Myös sosiaalisten perusoikeuksien sisällä voi olla suojaamisen tärkeysasteen kannalta erilaisia tilanteita. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan on pidettävä selvänä, että mikäli kyseessä on tarve suojata perustuslain 7 §:n turvaamaa oikeutta elämään tai sen mukaisesti 19 §:n 1 momentin mukaisia välttämättömiä toimeentulon edellytyksiä, eroaa näiden perusoikeuksien turvaaminen tärkeysasteeltaan merkittävästi esimerkiksi tarpeesta toteuttaa kauneuskirurgisesta terveydenhuollon toimenpide.

Järjestöjen kannalta hankintamenettelyn tulisi edistää perustuslain 13 §:n 2 momentin turvaaman yhdistymisvapauden toteutumista, tai ei ainakaan olla estämässä sitä. Viimeksi mainitun näkökohdan osalta voidaan todeta se, että järjestöjen asema hankintamenettelyssä määräytyy yritysten ja muiden tarjoajien tavoin, joten sen huomioon ottaminen ei hankintasäännösten pohdinnassa ole tarpeen tai mahdollista. Mikään ei estä käytännössä perustamasta yhdistyksiä aatteellisessa tarkoituksessa tuottamaan myös hyvinvointipalveluja.

Vaikeasti vastattavia kysymyksiä aiheuttaa erityisesti kansalliseen perustuslakiin sisältyvien sosiaalisten perusoikeuksien suhde yhteisön tuomioistuimen tunnustamiin perusoikeuksiin. Vilkasta mielipiteiden vaihtoa on synnyttänyt kysymys perusoikeuksien suhteesta neljään taloudelliseen perusvapauteen. Tähän vaikuttaa selkeän lainsäädännön ohella myös yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön vähäisyys. Vaikka sosiaaliturvajärjestelmää koskeva päätösvalta (esimerkiksi *Sodemare* C-70/95) on periaatteessa jäsenvaltiolla itsellään, perustamissopimuksen turvaamilla taloudellisilla vapausoikeuksilla on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan ylivalta muihin ei-taloudellisiin perusoikeuksiin nähden. Kysymys on siitä, että nykyisessä ajassa omaksutut arvovalinnat antavat taloudellisille perusvapauksille ensisijaisen ja määräävän painoarvon.

Jäsenvaltio voi perusoikeuksien suojelemiseksi ottaa käyttöön toisenlaisen suojamekanismin kuin mistä toinen tai toiset jäsenvaltiot ovat päättäneet (*Omega* C-36/02). Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin soveltanut perustavaa laatua olevien vapausoikeuksien rajoitusperusteina vain perustamissopimuksen itsensä hyväksymiä perusteita. Perustamissopimuksen 43 artiklan ja 49 mukaisten oikeuksien rajoittamisen mahdollisuus sisältyy erikseen 46 artiklaan sekä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön linjauksiin. Näitä ovat tarve suojata yleistä turvallisuutta ja yhteiskunnan järjestystä sekä kansanterveyttä. Tuomioistuin on hyväksynyt sen, että taloudellinen toiminta kielletään kansallisessa perustuslaissa vahvistetuista, ihmisarvon suojaamiseen perustuvista syistä (*Omega* C-36/02).

Edellä todetusta taloudellisten vapausoikeuksien ylivallasta huolimatta on yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kuitenkin esitettävissä argumentteja sen puolesta, että Amsterdamin sopimuksen jälkeen myös kansalliset sosiaaliset perusoikeudet ovat saamassa vahvemman aseman suhteessa yhteisön taloudellisiin vapausoikeuksiin. Kyseisellä sopimuksella yleistä taloudellista etua koskevat palvelut otettiin osaksi yhteisön oikeutta.

4.2 HANKINTAMENETTELYN VALINNASTA

Tutkimuksen kohteena olevat sosiaali- ja terveydenhuollon palvelut ovat harkinnanvaraisia ja määrärahasidonnaisia, joten kunnalla on vapaa mahdollisuus käytännössä palvelun sisällön ja laadun määrittelyyn, vaikka palvelun sinänsä tulisi asiakaslain ja potilaslain mukaan edustaa hyvää tasoa. Hyvän tason voi katsoa edustavan terveydenhuollossa kulloisenkin lääketieteen tason mukaista palvelua, mutta tosiasiassa palvelujen saatavuudessa ja ammatillisen osaamisen tasossa on merkittäviä alueellisia eroja.[22] Sosiaalihuollon palveluista puuttuvat yhtenäiset laatumittarit, joiden laatiminen esimerkiksi vanhustenhuollossa on suositusten asteella. Hoidon tasoon vaikuttavat myös varsin arkiset syyt, kuten kunnan henkilöstön saatavuus ja tarve menojen säästämiseen. Yksittäistapauksissa tarvittavan hoidon tasolla on varsin suuri merkitys, sillä siihen kytkeytyy samalla harkinta hoidon kiireellisyydestä.

Hankintamenettelyn arvioinnissa ei kysymyksellä turvan tasosta ole lähtökohtaista merkitystä, jos hankintamenettelyn katsotaan alkavan vasta siitä, kun kunta on määritellyt tarvitsemansa palvelun. Tämä onkin tässä yhteydessä päällimmäinen lähtökohta, koska tämän tutkimuksen tarkoituksena ei ole sosiaalisen turvan ulottuvuuden ja tason arviointi. Hoidon tason ja kattavuuden jättäminen tarkastelun ulkopuolelle ei ole kuitenkaan mahdollista, kun arvioinnin kohteena on perusoikeuksina turvattujen palvelujen järjestäminen hankintamenettelyssä. Tässä tutkimuksessa on pyritty arvioimaan hankintamenettelyn vaikutuksia perusoikeuksien toteutumiseen, sillä hankintatapa saattaa sellaisenaan vaikuttaa lainsäädännöllä turvatun hoidon tasoon, sitä parantavasti tai heikentävästi.

Hankintalakia säädettäessä asiakkaan tai potilaan edun turvaamisen näkökulma on jäänyt varsin vähäiseen osaan. Hankintasääntöjen sisältämät tavoitteet edistää julkisten varojen käyttöä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia säännösten sisältämien hyödykkeiden tarjontaan ovat

---

[22] Palvelujen saannissa on alueellista eriarvoisuutta, vaikka palvelujärjestelmä perustuu universaalisuuden periaatteelle. Tähän on kiinnittänyt huomiota myös sosiaali- ja terveysministeriö, Sosiaali- ja terveyskertomus 2006, s. 300.

tyypillisiä pragmaattisia tavoitteita, joiden asettaminen sosiaalioikeuden osalta kuuluu lainsäätäjän tehtäviin ja kunnallisen toimintapolitiikan päätöksiin.

Perusoikeusjärjestelmä on nähtävissä arvojärjestelmänä, joka perustuslain 1 §:n mukaisesti suojaa inhimillisen elämän minimitasoa. Perusoikeusjärjestelmän ja perusoikeuksien soveltamiseen perustuslain 22 §:n mukaisesti liittyvän ihmisoikeussopimuksen kannalta on perusteltua johtopäätös, jonka mukaan moraalisten ja eettisten tekijöiden tulisi korostua yksilöllisessä päätöksenteossa. Pragmaattisten perusteluiden tulisi siten myös lainsäätäjän ja kunnallispolitiikan päätöksenteossa alistua eettisten ja moraalisten perusteiden testiin. Talousarvion laadinnan ja siihen liittyvien linjausten perusteella olisi arvioitavissa, miten kunta painottaa sosiaalisiin perusoikeuksiin liittyviä moraalikytkentäisiä periaatteita ja pragmaattisia tavoitteitaan.

Lainsäätäjä on julkisyhteisöjen pragmaattisten tavoitteiden lisäksi ottanut vähintäänkin epäsuorasti hankintalailla kantaa myös moraaliarvoihin säätäessään, että myös sosiaali- ja terveyspalvelut kuuluvat kilpailuttamisvelvoitteen piiriin. Näin lainsäätäjä on katsonut, ettei palvelujen kilpailuttaminen ja siihen liittyvä voiton tavoittelu sinällään uhkaa palveluilla toteutettavaa sosiaalista perusoikeutta. Lainsäätäjä on pyrkinyt tekemään joustavilla hankintamenettelyillä mahdolliseksi, että sosiaali- ja terveyspalvelujen erityispiirteet voitaisiin ottaa kilpailuttamisessa huomioon (HE 50/2006 vp, s. 25). Lainsäätäjä ei ole hankintalakia säätäessään kuitenkaan edellyttänyt, että kunnan olisi pakko hankkia palvelut oman organisaationsa ulkopuolelta, joten lopullinen vastuu tässä suhteessa on jätetty kunnalle itselleen.

Kun kunta päättää valita sosiaali- tai terveyspalvelun järjestämisvaihtoehdoksi ostopalvelun, pätee siinä tilanteessa menettelytavasta riippumatta sama sääntö kuin muissa hankinnoissa: ratkaisevaa hankinnan onnistumisen kannalta on hankintailmoituksen ja tarjouspyynnön laatiminen. Nämä eivät ole ratkaisevia vain sen takia, että hankintayksikkö välttyisi syyllistymästä menettelyn muodollisiin sudenkuoppiin, vaan erityisesti sen takia, että hankintayksikön hankintaa koskeva tavoite toteutuisi. Hankintailmoitus ja tarjouspyyntö ovat ratkaisevia, jotta hankintamenettelyllä järjestettävä palvelutoiminta täyttäisi sille lainsäädännössä määritellyt tavoitteet. Hankintamenettelyn osaamisvaatimusta ei voida ylikorostaa, koska muodollisesti virheellinen menettely ja siitä johtuvat aikatauluviiveet uhkaavat ääritapauksissa yksilön sosiaalisten perusoikeuksien toteutumista.

Viittaamalla kilpailuttamismenettelyn valintaa koskevaan hankintalain 5 §:n 10–18 kohtiin lain 65 §:n säännös priorisoi avoimen ja rajoitetun menettelyn ensisijaisiksi menettelyiksi myös toissijaisissa hankinnoissa (”on käytettävä”). Nämä menettelytavat edellyttävät ilmoittamista yhteisön laajuisesti. Onko lainsäätäjä tosiaankin tarkoittanut, että sosiaali- ja terveyspalveluissa neuvottelumenettely on käytettävissä vain silloin, kun hankintayksikkö on ensin selvittänyt ja arvioinut, ettei toiseen jäsenvaltioon sijoittautuneella palvelun tarjoajalla ole ta-

loudellista intressiä osoittaa kiinnostustaan hankintaan (”voidaan käyttää”)? Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan tällainen arviointi tulisi tehdä ennen hankintasopimuksen suoraa solmimista (*Coname* C-231/03). Muussa tapauksessa on mahdollista, että hankintayksikkö rikkoo hankinnassa noudatettavaa riittävän avoimuuden vaatimusta (edellä todetun ratkaisun lisäksi mm. *Teleaustria* C-324/98 ja *Unitron Scandinavia* C-275/98).

Perustamissopimuksen perustavaa laatua olevien liikkuvuusvapauksien toteutumisen kannalta ratkaiseva kysymys on, millaisiin toimenpiteisiin hankintasääntöihin sisältyvä yhteisön oikeuden avoimuusperiaate velvoittaa. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan avoimuusperiaatteen mukaisesti riittävässä laajuudessa tehty ennalta hankinnasta ilmoittaminen on omiaan varmistamaan sen, ettei toiseen jäsenmaahan sijoittautunutta mahdollista palvelun tarjoajaa syrjitä (*Parking Brixen* C-458/03).

Toissijaisia hankintoja koskevan 68 §:n erityismääräyksen johdosta hankintayksikön on ilmoitettava julkisesti hankinnasta, jonka se toteuttaa käyttäen avointa tai rajoitettua menettelyä taikka neuvottelumenettelyä. Sosiaali- ja terveyspalveluissa ilmoittaminen tapahtuu vain kansallisesti, mm. internetpohjaista kanavaa hyväksikäyttäen.

Yhteisön tuomioistuimen mukaan vastuu oikean menettelytavan valinnasta kuuluu hankintayksikölle, jonka tulee tapaukseen liittyvät tekijät huomioon ottaen ratkaista, edellyttääkö sen hankinta-aie ilmoittelua myös toisissa jäsenmaissa (*Coname* C-231/03). Voiko kunta luottaa siihen, että hankintalain mukaisia kynnysarvoja noudattaen myös yhteisön oikeuden vaikutukset on huomioitu? Tulkintaongelman muodostaa nyt hankintalain 65 §:n kirjoittamistapa, joka priorisoi avoimen ja rajoitetun menettelyn ensisijaisiksi. Hankintalain mukaan hankintayksiköllä on aina mahdollisuus päättää, että sen edun mukaista on yhteisön tasoinen ilmoittaminen. Tällaiseen saattaa olla intressi esimerkiksi silloin, kun tiedossa on esimerkiksi naapurimaassa oleva potentiaalinen tarjoaja.

Lainsäätäjän tarkoituksena on selvästikin ollut antaa hankintalain neuvottelumenettelyä koskevassa 66 §:ssä yleinen oikeusohje siitä, millaisissa tilanteissa neuvottelumenettelyn käyttö on mahdollista. Lain johdonmukaisen soveltamisen kannalta olisi kohtuutonta, että hankintayksikön tulisi lain poikkeussäännöksistä riippumatta jokaisessa yksittäistapauksessa tehdä edellä todettu arvio yhteisön tason vaikutuksista. Edellä todetuista näkökohdista huolimatta, määritellessään myös toissijaisissa hankinnoissa ensisijaisiksi hankintamenettelyiksi avoimen ja rajoitetun menettelyn, jättää hankintalaki kuitenkin vastuun *yhteisön oikeuden vaikutuksen* huomioon ottamisesta hankintayksikölle.

Kansallisen 50 000 euron kynnysarvon asettaminen perustuu ensisijaisesti kansallisiin kunnan varojen käytön tehokkuuteen liittyviin ja elinkeino- ja kilpailupoliittisiin näkökohtiin, ei niinkään Euroopan yhteisön asettamiin vaatimuksiin. Tämä johtopäätös on tehtävissä lain syntyyn johtaneen valmisteluprosessin

perusteella. Näin siitä huolimatta, että kansallisen kynnysarvon asettamista on hallituksen esityksessä perusteltu yhteisön oikeuden vaikutuksella.

Hankintayksikön luottamuksensuojan kannalta ei voida pitää hyvänä lopputulosta, jossa hankintayksikkö ei voi olla varma kansallisen lainsäädännön tulkinnasta. Sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevan oikeuskäytännön puuttuessa on vaikea esittää ehdotusta, miten laki olisi tullut säätää. Luottamuksensuojan kriteereiden kannalta (ks. luottamuksensuojasta osa I, luku 4.4.2) kysymys on mm. siitä, voidaanko katsoa, että vilpittömässä mielessä toimiva kunta voi luottaa kansallisesti säädetyn lain oikeellisuuteen. Kysymys johtuu siitä, että toisaalta yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö on varsin selkeästi linjannut hankintayksikön vastuuksi, että sen tulee ottaa päätöksiä tehdessään huomioon myös yhteisön oikeuden periaatteet. Kunta ei voisi siksi luottamuksensuojansa perusteeksi vedota tehokkaasti esimerkiksi sinänsä täysin vakiintuneeseen viranomaiskäytäntöön, sikäli kuin se on EU-oikeuden vastaista.

Asian perinpohjainen selvittäminen ei ole mahdollista tämän tutkimuksen yhteydessä. Näyttäisi kuitenkin siltä, että hankintayksikön olisi tehtävä arvio yksittäisten, toisiin jäsenmaihin sijoittautuneiden potentiaalisten palvelujentarjoajien näkökulmasta siitä, onko hankinta niiden kannalta merkittävä ja kiinnostava. Tämä on tarpeen siksikin, ettei hankintalain 65 § vapauta hankintayksikköä tästä arviointivastuusta. Ratkaisuperusteena onkin ehkä perustelluin pragmaattinen lähestymistapa: kunnan tulee aidosti päättää, haluaako se markkinatehokkuuden koskevan mahdollisimman maksimaalisesti sen palvelutoiminnan järjestämistä vai ei.

Arvioitavina seuraavassa ovat toissijaisia palveluhankintoja koskevat hankintalain 9 luvun säännökset, joihin sisältyvät myös sosiaali- ja terveyspalvelut. Lukuun kuuluvan 65 §:n mukaan myös liitteen B mukaisissa sosiaali- ja terveyspalveluhankinnoissa kunnan on edellä todetun mukaisesti käytettävä ensisijaisesti avointa tai rajoitettua menettelyä. Kunta voi kuitenkin käyttää neuvottelumenettelyä samoin edellytyksin kuin liitteen A ensisijaisissa hankinnoissa ja erikseen lain 66 §:ssä sekä tehdä suorahankinnan lain 67 §:ssä säädetyillä edellytyksillä. Lisäksi ovat 65 §:n mukaisesti käytettävissä kilpailullinen neuvottelumenettely ja puitejärjestely samoin edellytyksin kuin liitteen A mukaisissa hankinnoissa.

Hankintalain 66 §:n perusteella kunta voi käyttää neuvottelumenettelyä sosiaali- ja terveyspalveluhankinnassa,

1) jonka ennakoitu kokonaisarvo on alle 50 000 euroa (1 momentti);
2) jonka luonteen vuoksi tarjouspyyntöä ei voida tai sitä ei ole tarkoituksenmukaista laatia niin tarkasti, että paras tarjous voitaisiin valita avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen (2 momentin 1 kohta). Hallituksen esitys (HE 50/2006 vp, s. 111) esittää tällaisesta tilanteesta esimerkkinä palvelu-

hankinnat, joissa palvelujen tulee joustaa palvelujen käyttäjien tarpeen mukaan, kuten erityisryhmien palveluasumiseen liittyvät palvelut sekä palveluhankinnat, joissa palvelujärjestelmä on vasta kehittymässä eikä palvelua tämän vuoksi voida etukäteen määritellä tarkoituksenmukaisella tavalla;

3) jonka luonne ei poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä kokonaishinnoittelua tai johon liittyvät riskit eivät poikkeuksellisesti mahdollista etukäteistä hinnoittelua (2 momentin 2 kohta); sekä
4) tutkimus-, selvitys-, suunnittelu-, arviointi- ja koulutushankinnassa, joka edellyttää palvelun tarjoamisesta vastaavien henkilöiden asiantuntemuksen ja pätevyyden erityistä arviointia (3 kohta);
5) valtakunnallisesti tai alueellisesti keskitettävässä sosiaali- ja terveydenhuollon palveluhankinnassa;
6) moniammatillista erityisosaamista edellyttävässä palveluhankinnassa erityisesti sosiaali- ja terveydenhuollon sekä työvoimapalvelujen alalla (5 kohta); ja
7) poikkeuksellisen kiireellisessä hankinnassa, johon hankintayksikkö ei ole voinut kohtuudella varautua (7 kohta).

Yleisenä huomiona voidaan todeta, että hankintalain 66 §:n 2 momentin luettelon kohdat on kirjoitettu toisiinsa nähden samanarvoisina. Lain 5 ja 6 kohdissa neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuus on yksilöity koskemaan sosiaali- ja terveyspalvelua.

Suorahankinnan kunta voi tehdä hankintalain 67 §:n mukaan samoin edellytyksin kuin liitteen A mukaisissa hankinnoissa. Tällaisia edellytyksiä ovat hankintalain 27 §:n 1 momentin mukaan muun muassa, että avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia, tai sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi. Hankintalain 67 §:n mukaan suorahankintaa voidaan käyttää yksittäisissä tapauksissa sosiaali- ja terveys- tai koulutuspalvelujen hankinnoissa, jos tarjouskilpailun järjestäminen, neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi erityisen kohtuutonta tai erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiseksi.

Sosiaali- ja terveysjärjestöt ovat aikaisemmin jo todetun mukaisesti hankintalain soveltamisessa palveluja tuottaessaan lain 5 §:n 1 momentin 7 kohdan tarkoittamia toimittajia, joten myös niiden ja kuntien välisissä hankinnoissa tulee noudattaa hankintalain määräyksiä.

4.3 NEUVOTTELUMENETTELYN KÄYTTÖ

Yhteisön oikeuden *lojaliteettiperiaate* (sen negatiivisessa merkityksessä) antaa velvoitteen pidättäytyä toiminnasta, joka vaarantaisi perustamissopimuksen päämäärien toteutumisen. Yritykset ja yksityishenkilöt voivat kansallisessa tuomioistuimessa suoraan vedota jäsenvaltion yleiseen velvoitteeseen 10 artiklan nojalla ja vaatia oikeuksiaan kunnioitettavaksi, jos jäsenvaltio on jossain asiassa ryhtynyt jäsenvelvoitteidensa vastaisiin toimenpiteisiin. Oikeuskäytännön mukaan lojaliteettiperiaatteesta johdettuja vaatimuksia on mm. velvollisuus toteuttaa yhteisön oikeutta täysimittaisesti esimerkiksi toimeenpanemalla direktiivit ja tulkitsemalla niitä niiden sanamuodon ja tavoitteiden mukaisesti.

Kansallisten sosiaali- ja terveyspalveluja koskevien hankintasääntöjen tarkoituksena on antaa oikeusohjeet hankintaa koskevista menettelytavoista siten, että ne vastaisivat Euroopan yhteisön perustamissopimuksen syrjimättömyys-, suhteellisuus- ja avoimuusperiaatteita. Hankintalain säätämisessä on pyritty kuitenkin ottamaan huomioon sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen erityspiirteet. Tämän vuoksi tavoitteena on ollut säätää hankintalaki siten, että sen säännökset mahdollistaisivat joustavat ja yksinkertaiset hankintamenettelyt vaarantamatta kuitenkaan tarjoajien oikeusturvaa (HE 50/2006 vp, s. 25). Viimeksi mainitulla tavoitteella on katsottava viitattavan tasapuolisen kohtelun vaatimukseen ja laissa säädettyihin oikeusturvakeinoihin.

Kansallisesti omaksuttu yleinen 50 000 euron raja on perusteltavissa hankintayksikön taloudellisen intressin vähäisyydellä ja siten suhteellisuusperiaatteella, vaikka yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö jättääkin tässä suhteessa tulkinnan mahdollisuuden. Verrattaessa kynnysarvoa asiassa *Coname* C-231/03 esillä olleeseen arvoon, jossa kyse oli kahden vuoden pituisesta metaanikaasuverkon kunnossapitoa, operointia ja valvontaa sekä yhteyksien asennuksia koskevasta käyttöoikeussopimuksesta, edellä olevan rajan alle jäävän hankinnan taloudellista arvoa on pidettävä vähäisenä. Ongelmat koskevatkin 66 §:ssä erikseen mainittuja hankinnan arvosta riippumattomia hankintoja, joita ei koske yhteisön laajuinen ilmoittamisvelvollisuus.

Neuvottelumenettelyyn ei sisälly riskiä elinkeinon ja ammatin vapauden perusoikeuden loukkaamisesta, jos avoimuusperiaate toteutuu. Tasapuolinen mahdollisuus elinkeinotoiminnan harjoittamisessa sosiaali- tai terveyspalvelun tuottamiseksi on turvattu Suomen oikeusjärjestyksessä sekä kotimaisille että toiseen jäsenmaahan sijoittautuneelle yritykselle, joka haluaa sijoittautua Suomeen tarjoamaan kyseisiä palveluja.

Hankintalain kansallista kynnysarvoa koskevan säännöksen perustelu on *hankintayksikön* näkökulmasta oikeutettua suhteellisuusperiaatteella (eli hankinnan kustannukset suhteessa kilpailuttamisella saavutettavissa oleviin hyötyihin), mutta perustelu ei ota huomioon sitä, että avoimuusperiaatteen tarkoituksena on

turvata myös toisiin jäsenmaihin sijoittautuneen tarjoajan mahdollisuus osoittaa kiinnostuksensa potentiaalisena palveluntuottajana. Suhteellisuusperiaate laajassa ja tässä tutkimuksessa omaksutussa merkityksessä tarkoittaisi tässä yhteydessä sitä, että hankintalaissa säädetty neuvottelumenettely vain kansallisten palveluntuottajien kanssa on perusteltu toimenpiteenä, vaikka se saattaa estää vapausoikeuksien toteutumisen (palvelujen liikkuvuuden ja sijoittautumisvapauden) tai perusoikeusnäkökulmasta ilmaistuna toisesta maasta tulevan palvelunharjoittajan elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapauden toteutumisen. Tästä suhteellisuusperiaatteen näkökulmasta huolimatta voidaan hankintalain toissijaisille hankinnoille määriteltyä vain kansallista julkistamisvelvollisuutta pitää lain lähtökohtana perusteltuna.

Edellä esitetystä hankintalain perusteluihin kohdistuneesta lievästä kritiikistä huolimatta voidaan EU-kynnysarvon alle jäävissä hankinnoissa ja toissijaisissa hankinnoissa, kuten kuntien tavanomaisissa sosiaali- ja terveyspalveluissa, kansallisen internetpohjaisen ilmoittamisen katsoa toteuttavan sosiaali- ja terveyspalveluhankinnan riittävää avoimuutta. Tähän johtopäätökseen antaa tukea myös komission äskettäin antama tulkitseva tiedonanto.[23] Julkisten hankintojen ilmoittamista varten on kauppa- ja teollisuusministeriö kehittänyt ns. internetportaalin. Se tekee mahdolliseksi käytännössä myös sen, että toisiin jäsenmaihin sijoittautuneet potentiaaliset tarjoajat voivat halutessaan osoittaa kiinnostuksensa esimerkiksi uusien palvelukonseptien kehittämiseen. Kielellisistä syistä tarjouspyyntöjen seuranta ei ole kuitenkaan ongelmatonta. Toisaalta myös sosiaali- ja terveyspalveluissa noudatettavat tekniset eritelmät auttavat ymmärtämään tarjouspyynnön sisältöä.

Jos sen sijaan on kyse suuresta sosiaali- ja terveyspalveluhankinnasta, jossa järjestellään suurempia palvelukokonaisuuksia ja jossa kyse on suurista taloudellisista arvoista, yhteisön oikeuden periaatteet edellyttäisivät yhteisön laajuista ennalta ilmoittamista (vrt. *Coname* C-231/03). Tällaisia voisivat olla myös esimerkiksi kunnallisen terveydenhuollon tai sosiaalihuollon ulkoistamisratkaisut. Tämä on perusteltua myös kunnan pragmaattisten kuntatalouden tavoitteiden johdosta. Lisäksi, jos toisesta jäsenmaasta tuleva palvelun tarjoaja ilmoittaa halunsa sijoittautua Suomeen ja täyttää sen lainsäädännön vaatimukset, ei yleensä ole perustamissopimuksen hyväksymiä pakottavia syitä, joilla tällainen tarjoaja voitaisiin automaattisesti sulkea hankintamenettelystä. Tasapuolisen ja diskriminoimattoman kohtelun vaatimus edellyttää tällaista tarjoajaa kohdeltavaksi samalla tavalla kuin oman maan tarjoajaa. Käytännön tosiseikkojen perusteella ei liene esitettävissä sellaisia perusoikeuksienkaan toteutumisen näkökulmasta pa-

[23] Ks. Commission interpretative communication on the Community law applicable to contract awards no or not fully subject to the provisions of the Public Procurement Directives, 23.6.2006, s. 6.

kottavia syitä, että menettelyyn hyväksyttäisiin vain samat taloudelliset ja tekniset vaatimukset täyttävät kotimaiset tarjoajat.

Yleisten laintulkintaperiaatteiden soveltaminen saattaa aiheuttaa hankintalain 66 §:n tulkinnassa ongelmia sikäli, että 2 momentin 1 ja 2 kohdassa asetettujen ehtojen lisäksi siihen on sisällytetty neuvottelumenettelyn käytölle erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja koskevat käyttöedellytykset.

Lain 66 §:n säännös tulee kilpailuoikeudessa omaksutun ankaran tulkintaperiaatteen mukaan nyt lukea siten, että vain lain 66 §:n 2 momentin 5 ja 6 kohdassa todetut käyttöedellytykset koskevat sosiaali- ja terveyspalveluja ja muissa tapauksissa poikkeaminen ei olisi sallittu. Viimeksi mainitut säännöt on tarkoitettu tulkittaviksi erityisesti suhteessa 2 momentin 1 ja 2 kohtaan erityissäännöksinä. Lainkohdan yksityiskohtaisissa perusteluissa on sosiaali- ja terveyspalveluihin tarkoitettu sovellettavaksi kuitenkin myös 1 kohtaa. Lainkohdan kirjoittamistapaa ei voida pitää onnistuneena siksi, ettei lakia säätäessä ole ollut ennakoitavissa kaikkia niitä soveltamistilanteita, joissa hankinnan kohteesta johtuen neuvottelumenettelyn käyttö olisi perusteltua. Nyt ne on pyritty luetteloimaan poikkeustapauksina. Tämän vuoksi olisi ollut riittävää, että sosiaali- ja terveyspalveluhankintojen osalta 66 §:ään olisi sisällytetty selvennyksen vuoksi vain 1 momentin 1 ja 2 kohdat taikka tyydytty vain viittaamaan vastaaviin ensisijaisia hankintoja koskeviin säännöksiin. Tämän lisäksi olisi hallituksen esityksessä voitu selventää lain tarkoitusta.

4.4 SUORAHANKINNAN KÄYTTÖ

Neuvottelumenettely ei ole yhteisön oikeuden tai kansallisen perustuslaista johdettavan oikeuden vaikutuksen kannalta samassa määrin ongelmallinen kuin suorahankinta. Tämä johtuu siitä, ettei suorahankinnassa tehdä lainkaan ennalta ilmoittamista. Hankintayksikkö vain valitsee menettelyyn mukaan yhden tai useamman toimittajan, jonka kanssa neuvottelee hankintasopimuksen ehdoista. Sen lisäksi, ettei hankintayksikkö aina varmista ilmoittamisella mahdollisten toisiin jäsenmaihin sijoittautuneiden toimittajien osallistumishalua tarjousmenettelyyn, ei hankintayksikkö myöskään selvitä kotimaahan jo sijoittautuneiden ulkomaisten toimittajien taikka kotimaisten toimittajien kiinnostusta. Menettely saattaa siten olla vastoin yhdenvertaisen kohtelun periaatetta ja diskriminointikieltoa.

Suorahankinnassa hankintalain 1 §:n sisältämät tavoitteet eivät kilpailuttamisen kautta yleensä toteudu. Hankintalain tavoite julkisten varojen säästöstä sekä tavoite turvata yrityksen ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota lainkohdassa mainittuja hyödykkeitä eivät realisoidu, tai ne toteutuvat vain rajallisesti riippuen hankintayksikön neuvotteluvoimasta ja neuvotteluun osallis-

tuvien toimittajien määrästä. Samaa voidaan epäillä periaatetasolla myös tavoitteesta edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä, mikäli lähtökohtana on luottamus siihen, että kilpailu kehittää sosiaali- ja terveyspalveluja.

Suorahankinnan mahdollisuus on lain 27 §:ssä hyväksytty silloin, kun avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia. Lainkohta koskee 67 §:n viittaussäännöksen perusteella myös sosiaali- ja terveyspalveluhankintoja. Tämä hankintadirektiivin mukainen säännös osoittaa varsin selvästi sen, että vain lain mukaisia menettelytapoja noudattamalla osoitetaan, ettei ole olemassa hyväksikäytettäviä kilpailuolosuhteita. Tämä oikeuttaisi tekemään myös tulkinnan, jonka mukaan hankintayksikön tekemä markkinakartoitus ja sen sitä kautta saama tieto ei missään olosuhteissa riittäisi. Yhteisön oikeuden vaatimusta on edellä todetun mukaisesti tulkittu siten, että hankintayksikkö voi tehdä markkinoiden olemassaolosta arvion. Mikäli tällä perusteella osoitetaan todennäköiseksi, ettei tarjoajia ole olemassa, hankintasopimus voidaan solmia. Tämä periaate olisi yhtä lailla sovellettavissa kansallisiin hankintoihin, erityisesti sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin, mutta hankintalaki antaa nyt toisenlaisen oikeusohjeen.

Pelkästään hankintalain alkuun, sen 2 §:n 1 momenttiin kirjattu yleinen *periaate* (”käytettävä hyväksi olemassa olevat kilpailuolosuhteet”) ei riitä vapauttamaan hankintalain yksityiskohtaisista menettelytapavaatimuksista. Hankintayksikkö ei voi pintapuoliseen arvioonsa perustuen todeta kilpailuolosuhteiden puuttuvan. Huomioon on otettava myös se, että hankintalain tarkoituksena on pitemmällä aikavälillä kehittää palvelumarkkinoita. Myös kansallisesti tämä edellyttää hankinnan avoimuuden toteuttamista. Suorahankinnan käyttöedellytyksiä tulee siten tulkita kilpailuoikeuden tulkintaperiaatteen mukaisesti silmällä pitäen lain tarkoituksen toteutumista, ja siihen nähden rajoittavia toimenpiteitä tulee tulkita ankaran tulkintaperiaatteen mukaisesti.

Hankintalain 27 §:ssä hyväksytty äärimmäisen kiireen olemassaolon osoittaminen on hankintayksikön vastuulla. Äkilliset katastrofit toimivat esimerkkeinä tilanteista, joissa suorahankinta voidaan toteuttaa, sillä kaikissa tapauksissa ei ole taloudellisesti tarkoituksenmukaista varautua kaikkiin niiden edellyttämiin hankintoihin. Ihmishenkien suojelulla tällaisessa tilanteessa on ehdoton painoarvo.

Suorahankintaan sovelletaan hankintalain 2 §:n 1 momentista ilmenevää hankintamenettelyn osallistujien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua sekä avoimuuden ja suhteellisuuden vaatimuksia. Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan lainkohdan avoimuusperiaatteen tarkoituksena on auttaa hankintaviranomaisia varmistamaan se, etteivät ne syyllisty tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun vaatimuksen rikkomiseen (*Teleaustria* C-324/98). Tämä soveltuu myös kansallisten hallinto-oikeudellisten periaatteiden käyttöön, joiden perusta on perusoikeusjärjestelmässä. Edellä todettuja periaatteita ei rikota, mikäli suorahankinta tehdään sen jälkeen, kun havaitaan, ettei avoimessa ja rajoitetus-

sa menettelyssä ole saatu ehdokkuushakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia.

Lainsäätäjä on 67 §:ssä muodostanut konkreettisen kannan siitä, millä tavoin kansalliseen perusoikeusjärjestelmään kuuluvat sosiaaliset perusoikeudet tulee turvata. Lainkohdassa on kysymys siitä, voidaanko jatkaa jo olemassa olevaa hoitosuhdetta. Suorahankintaa voidaan käyttää kyseisten palvelujen hankinnassa vain *yksittäisissä* tapauksissa, jos tarjouskilpailun järjestäminen, neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi erityisen kohtuutonta tai *erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiseksi*. Tähän johtopäätökseen ohjaa myös käytännön sosiaalitoimen hallintotoimintaa koskevan soveltamisen periaate, jonka mukaan yksilötason päätöksentekoon liittyvissä periaateristiriidoissa päätös tulee tehdä eettisesti ja moraalisesti perustellun periaatteen hyväksi. Tämän periaatteen taustalla ovat edellä todetut perusoikeus- ja ihmisoikeussäännösten velvoitteet.

Suorahankintaa koskevan säännöksen ankaraa tulkintatapaa sinänsä edellyttää kilpailuoikeudessa omaksuttu tulkintaperiaate, jota yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö on osaltaan lujittanut. Sille on tyypillinen tulkintatapa, jossa lain epäselvää säännöstä tulkitaan (hankinta)lain tarkoitusta silmällä pitäen ja rajoituksia on tulkittava ankaran tulkintaperiaatteen mukaan, yleisesti markkinoiden tehokkuustavoitteiden mukaan. Ankaraa tulkintatapaa ja poikkeuksen perustelemisvelvollisuutta kuvataan myös hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp, s. 112) siten, että suorahankinta olisi mahdollista vain yksittäistapauksissa, joten jokaisen potilaan tai asiakkaan osalta menettelyn käyttöedellytys tulisi harkita ja perustella erikseen. Suorahankinta on poikkeus hankintalain periaatteiden yleisestä soveltamisesta, ja tätä poikkeusta tulee myös yleisten laintulkintaperiaatteiden (*lex specialis*) mukaan tulkita ahtaasti.

Tämän tutkimuksen yhteydessä ei ole voitu löytää ainuttakaan ennakkoratkaisua, jossa tuomioistuin olisi konkreettisesti joutunut punnitsemaan perustamissopimuksen liikkuvuusvapauden tai elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeuden ja kansallisen sosiaalisen perusoikeuden välistä painoarvoa sellaisenaan. Esimerkiksi hankintalain valmisteluasiakirjojen esille tuomat tapaukset koskevat poikkeuksettomasti muita aloja.

Sosiaalioikeuden oikeusperiaatteita soveltamalla olisi mahdollista päätyä nyt hankintalain 67 §:ssä säädettyä väljempään lopputulokseen. Sosiaalioikeudessa omaksuttu tulkintatapa on mahdollista ainakin sellaisissa tilanteissa, joissa kansallisella sosiaali- ja terveyspalvelun järjestämistä koskevalla toimenpiteellä ei ole yhteisötason vaikutuksia. Yhteisön oikeuden vaikutukset puuttuvat useimmiten siksi, ettei sosiaali- ja terveyspalveluissa käytännössä ole markkinoiden kehittymättömyydestä johtuen rajat ylittävää tarjontaa. Mahdollisuuden kansallisessa oikeudenkäytössä omaksutulle perusoikeusmyönteiselle tulkintatavalle antaa myös se, ettei hankintadirektiivikään toistaiseksi sisällä sosiaali- ja ter-

veyspalveluhankintojen menettelytapoja koskevia pakottavia määräyksiä. Siten kansallisen perusoikeusjärjestelmän soveltamisen kannalta olisi ollut mahdollista – mikäli tähän olisi ollut edellytyksiä eduskunnan poliittisessa päätöksenteossa – kansallisesti painottaa sosiaalisen perusoikeuden turvaamista elinkeinon ja ammatin harjoittamisen vapautta voimakkaammin. Nyt 67 §:n säännös on muodostettu eurooppaoikeusmyönteisen ja siten kilpailuoikeudessa omaksutun tulkintatavan mukaan. Yhteisön taloudellisille perusvapauksille on annettu myös sosiaalisten perusoikeuksien suhteen lähes ehdoton ylivalta.

On nähtävissä, että hankintalain ankaraa tulkintaa edellyttävä suorahankinnan säännös on säädetty vain siksi, että on haluttu mahdollisimman pitkälle välttää ”EY:n vieteriukon” yllätyksellinen hyppääminen. Laissa on toisin sanoen haluttu minimoida se mahdollisuus, että Euroopan yhteisön oikeus tulisi suoraan sovellettavaksi. Samaan johtaa myös vallitseva yleinen markkinaideologian leimaama ajattelutapa. Huomioon ei sen sijaan ole lainkaan otettu sitä, miten sosiaaliset perusoikeudet olisivat voineet vaikuttaa markkinaehtoistumisideaa rajoittavasti.

Eettisen ja moraalisen kontrollin tulisi toki koskea lainsäädäntöä kokonaisuudessaan. Nyt hankintalain 67 § on käytännössä lainsäätäjän tekemä eettinen kannanotto perusoikeuden turvasta ja tasosta, vaikka hallituksen esityksessä tämä näkökohta jätetään kokonaan käsittelemättä. Tätä on pidettävä valitettavana sen kannalta, että rikkomuskannemenettelyssä jouduttaisiin perustelemaan kyseisen säännöksen oikeutusta.

Tässä esitettävän arvioinnin ja pohdinnan periaatteellisena lähtökohtana on suhteellisuusperiaatteeseen perustuva punnintamalli, jossa Euroopan yhteisön oikeuden estämättä on ollut mahdollista kiinnittää kansallisen sosiaalisen turvan tavoitetaso ensisijaiseksi ja muiden perusoikeuksin painoarvoon nähden ensisijaiseksi. Tämän tason määrittelyssä ovat lähtökohtana sisällöltään laaja-alaisen *integriteettiperiaatteen* mukainen asiakkaan ja potilaan yksilöllisten tarpeiden tunnistaminen sekä niiden perusteella määritellyt hoidon sisällölliset ja laadulliset vaatimukset. Varsinkin tosiasiallisessa palvelutoiminnassa, jota myös hankintamenettely toteuttaa, merkityksellinen *integriteettiperiaate* kokoaa vaatimuksia, jotka liittyvät asiakkaan ihmisarvoon, kulttuuritaustaan sekä persoonallisuuden ja yksityisyyden kunnioittamiseen (HE 137/1999 vp, s. 13). Eräs näistä on myös asiakkaan kielellisten vaatimusten kunnioittaminen.

Elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeus ei ole samalla tavalla ehdoton oikeus kuin perustuslain turvaama oikeus elämään, vaan sitä voidaan rajoittaa perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön linjaamalla tavalla lailla (PeVM 25/1994 vp, s. 5.). Jos sosiaali- ja terveyspalvelun saamatta jääminen muista palvelujen järjestämiseen liittyvistä tavoitteista johtuen vaarantaisi tämän ”perimmäisen” perusoikeuden – oikeuden elämään –, tulee muiden tavoitteiden väistyä. Tästä syystä muita oikeuksia voidaan rajoittaa, kunhan rajoitukset tosiasiassa palvelevat välttämättömiä yleisen edun mukaisia tavoitteita eikä niillä

puututa suojattuihin oikeuksiin rajoituksilla tavoitellun päämäärän kannalta suhteettomasti ja tavalla, jota ei voida hyväksyä ja jolla loukattaisiin näin suojattujen oikeuksien keskeistä sisältöä. (Etusija ilmenee esimerkiksi ennakkoratkaisusta asiassa C-112/00 *Schmidberger*, k. 78–80.)

Ihmisarvon loukkaamattomuudesta on säännös perustuslain 1 §:n 2 momentissa. *Integriteettiperiaate* saa siten lähtökohtansa ja tukensa sekä perustuslain perusoikeussäännöksistä että TSS-sopimuksen määräyksistä ja tavallisen lainsäädännön tavoitesäännöksistä. Oikeudessa hyvään kohteluun, jota sosiaalihuollon asiakaslain 4 §:ssä säännellään, on paljolti kysymys juuri sosiaalihuollon viranomaisten, laitosten ja työntekijöiden velvollisuudesta kunnioittaa asiakkaan *integriteettiä*. Terveydenhuollon vastaava vaatimus hyvästä hoidosta sisältyy potilaslain 3 §:n 2 momenttiin.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yhteisön oikeus ei vaikuta jäsenvaltioiden toimivaltaan säätää sosiaaliturvajärjestelmistään (mm. *Sodemare* C-70/95, k. 27). Siten, kun arvioidaan sosiaalisen perusoikeuden painoarvoa suhteessa perustamissopimuksen perustavaa laatua oleviin vapauksiin, kysymys on myös sosiaaliturvajärjestelmän sisältöä ja turvan tasoa koskevasta päätöksenteosta, joka kuuluu läheisyysperiaatteen mukaisesti nyt jäsenvaltiolle. Kansallisen perusoikeusjärjestelmän mukainen sosiaali- ja terveyspalvelujen taso voi Suomessa olla korkeampi kuin jossain toisessa jäsenmaassa. Samalla kansallinen päätösvalta antaa mahdollisuuden päättää yksittäisten etuuksien sisällöstä (esimerkiksi *Leichtle* C-8/02, k. 29.) Nyt kun sosiaalialaa ei ole yhteisön säännöksillä yhdenmukaistettu, kunkin jäsenvaltion lainsäädännössä voidaan vapaasti vahvistaa suojan taso ja sosiaalietuuksien myöntämisedellytykset. Palveludirektiivikään ei ole poistamassa tätä päätösvaltaa. Jäsenvaltioiden tehtäviin kuuluu siten lähtökohtaisesti määritellä se legitiimien etujen taso ja tapa, joilla kyseinen taso pitää saavuttaa (esimerkiksi *komissio v. Ranska* C-255/04, k. 44 ja *Säger* C-76/90, k. 15).

Käytettäessä tämän tutkimuksen suhteellisuusperiaatteeseen perustuvaa tutkimusmallia voidaan suorahankinnan ”käyttötesti” konstruoida periaatteessa siten, että osana sosiaaliturvajärjestelmää asetetaan kansallisesti ensiksi se sosiaalisen suojelun taso, joka sosiaali- ja terveyspalveluilla halutaan turvata. Tämän tason määrittelyssä on mahdollisuus ottaa lähtökohdaksi asiakkaan tai potilaan *integriteetin* turvaaminen. Kansallisen järjestelmän tulee täyttää *tarkoituksenmukaisuusperiaatteen*, *välttämättömyysperiaatteen* ja *suhteellisuusperiaatteen* vaatimukset. Edellä olevien ehtojen täyttyessä yhteisön oikeus ei uhkaa kansallista tason asettamista. *Pareto*-optimaalisuuteen perustuvassa mallissa näin ennalta asetettu palvelutaso on kiinnekohta, jonka toteutumista testataan eri toimenpidevaihtoehtoihin nähden käyttäen välttämättömyys- ja suhteellisuusperiaatteita. Edellä kuvattua periaatteellista lähestymistapaa on toki mahdollista kritisoida käytännön toteuttamisen vaikeuksilla, sillä käytännön han-

kintamenettelyssä yksilöllisen suojan taso tulee kyetä määrittelemään palvelun vaatimuksina.

Myös yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännössä sosiaaliturvajärjestelmän määrittelyvapautta on arvioitu ottamatta huomioon ensisijaisesti ja välittömästi asiakkaan yksilöllistä näkökulmaa, kun *integriteettiperiaatteen* tarkoituksena on asettautua asiakkaan tai potilaan asemaan. Ratkaisukäytännön perusteella on mahdollista kuitenkin väittää, ettei yhteisön oikeuskaan estä palvelun tason määrittelyä asiakkaan yksilöllisestä näkökulmasta. Sosiaalisten perusoikeuksien kunnioittaminen nimenomaisesti edellyttää tätä. Yhteisöjen tuomioistuin on todennut eräässä palvelun määritelmää koskeneessa ratkaisussaan sen, ettei sen tehtävänä ole korvata omilla arvioinneillaan jäsenmaiden lainsäätäjän moraalisia arviointeja (*The Society for Protection of Unborn Children* C-159/90, k. 20).

Periaatteiden punninta on tehtävä suhteessa oikeuden suomiin mahdollisuuksiin ottaen huomioon tapausta koskevat tosiasiat. Perusoikeuden suomia mahdollisuuksia kaventavat nyt merkittävästi hankintalain 67 §:n sisältämät tiukat ehdot, ja perusteltavissa olisi ollut hankintalain 67 §:n sisältöä laajempi suorahankinnan käyttömahdollisuus.

Edellä käsitellyn säännöksen soveltamismahdollisuuksia kaventaa myös se, että käytännössä syistä vain harvoissa sosiaalihuollon tapauksissa on mahdollisuus yksilökohtaisen tarpeen huomioon ottamiseen erikseen. Sopimuksen jatkamisen edellytykset ratkeavat koko hoitolaitoksen ylläpidon edellytysten kannalta. Vaikka säännöksen edellytykset yksittäisen henkilön osalta toteutuisivatkin, yksilökohtaiseen tarpeeseen perustuvaa hoito- tai palvelusuhteen jatkamista ei voida käytännössä toteuttaa. Tosiasialliset edellytykset vaativat ratkaistavaksi, olisiko koko laitosta koskevaa sopimussuhdetta perusteltua jatkaa, ja missä vaiheessa asiakkaiden turvan kannalta uudelleen kilpailuttaminen voisi olla mahdollista. Ratkaisu joudutaan tekemään tällaisessa tilanteessa arvioimalla laitoksen koko asiakasryhmän rakennetta ja tarpeita. Suorahankinnan edellytysten arviointi tuleekin kaikissa tapauksissa tehdä kyseiseen tilanteeseen liittyvien tosiseikkojen perusteella. Tässä arvioinnissa ovat normaalin avoterveydenhuollon potilaat *integriteettiperiaatteen* toteutumisen kannalta eri asemassa kuin esimerkiksi jatkuvaa hoitosuhdetta vaativat vaikeat lasten huostaanottotapaukset.

Samoin perusteluin hankintayksikön ei tarvitse tehdä arvioita mahdollisesta toiseen jäsenmaahan sijoittautuneen tarjoajan kiinnostuksesta, jos edellytykset suorahankinnan toteuttamiselle ovat olemassa kansallisen perusoikeusjärjestelmän perusteella. Suhteellisuusperiaatteen mukaisten vaatimusten toteutuessa ei ole tarpeen erikseen ottaa huomioon toimenpiteen rajat ylittäviä vaikutuksia.

Viranomaisen on toimittava johdonmukaisesti. Tämän tutkimuksen yhteydessä ei ole mahdollista arvioida, missä määrin esimerkiksi kuntien vastuuta määrittelevä sosiaalilainsäädäntö kokonaisuudessaan on sisällöllisesti johdonmukainen, jos lähtökohdaksi asetettaisiin asiakkaan ja potilaan *integriteetin* todellinen

suojaamistarve. Johdonmukaisuusvaatimus koskee myös kunnan käytännön hallintotoimintaa. Kokonaisuuden kannalta ei ole realistista ajatella, että lainsäätäjä olisi ottanut hankintalakia säätäessään jo ennalta sosiaalisia perusoikeuksia voimakkaasti painottavan kannan. On nimittäin selvästi nähtävissä, että tämän päivän kansallinen lainsäädäntö kokonaisuudessaan noudattaa vähintäänkin samassa määrin markkinaehtoistumisen ideologiaa kuin Euroopan yhteisön oikeus.

Hankintalain hyviä taikka kritiikin ansaitsevia kohtia ei olisikaan tarpeen perustella ensisijaisesti Euroopan yhteisön oikeuden vaatimuksilla, sillä useimmiten perusteena ovat jo aikaisemmin muotoutuneet ikiomat kansalliset omaksutut arvot ja niiden perusteella tehdyt linjaukset. Suomalaisen yhteiskunnan harmonian kannalta on ehkä kuitenkin parempi hakea syyllisiä rajojen ulkopuolelta.

Lopuksi

Tämän tutkimuksen tavoitteet ovat liittyneet kiinteästi kansalaisjärjestöjen asemasta käytävään, monella tavalla ristiriitaisia odotuksia sisältävään keskusteluun. Tutkimuksen kuluessa on ollut mahdollista havaita, ettei kansalaisjärjestötoiminnasta julkisuudessa käydyssä keskustelussa ole noussut esille lainkaan arviointia siitä, miten kansalaisjärjestöt kykenevät säilyttämään yhdistystoiminnan edellyttämän, perustavaa laatua olevan vapautensa silloinkin, jos hyvinvointipalvelujen turvaaminen sälytettäisiin niiden tehtäväksi.

Kansalaisjärjestöjen itsenäisen päätöksenteon vapautta, sitä kautta mahdollisuutta toimia kansalaisten edunvalvojina ja heikoimpien puolustajina pidetään tärkeänä. Mutta toisaalta järjestöt halutaan valjastaa institutionaalisiksi toimijoiksi tehtävissä, jotka kuuluvat oikeusjärjestyksen mukaan selvästi julkisen vallan yksiköille. Näihin tehtäviin kuuluu myös sosiaali- ja terveyspalvelujen järjestäminen. Järjestöjä kuulutetaan avuksi tilanteessa, jossa uhka kuntien peruspalvelujen järjestämiseksi tarvittavien taloudellisten voimavarojen loppumisesta on ollut näkyvissä tai on jo todellisuutta. Monet järjestöt näyttävät myös itse haluavan asettautua palveluntuottajan rooliin, vaikkakaan ei julkisen vallan yksikön statuksella.

Vapaaehtoiseen osallistumiseen perustuvien, lähimmäisapua antavien aatteellisten järjestöjen asemaa ei nykyisenkään lainsäädännön vallitessa uhkaa mikään. Järjestöjen altruismiin ja filantropiaan perustuvien arvojen toteutumisessa ei ole nähtävissä ongelmia, jos järjestöt toimivat hyvinvointipalvelujen järjestäjinä yhteiskunnassa, jossa julkinen valta ei huolehdi lakisääteisestä roolistaan. Onko kuitenkaan koko yhteiskunnan toimivuuden kannalta järkevää se, että järjestöt tässäkään tilanteessa astuvat julkisyhteisöjen tilalle. Eikö ensisijaisesti tulisi korjata virallista järjestelmää vaivaavat puutteellisuudet?

Järjestöjen rooli julkisten peruspalvelujen järjestämisessä on nähtävissä myös yhdistysautonomian kannalta ongelmalliseksi. Käytännössä yhdistysten mahdollisuudet tehdä itsenäisiä, ulkopuolisista tahoista riippumattomia päätöksiä, ovat rajalliset, kun kyse on lakisääteisistä sosiaali- ja terveyspalveluista. Sosiaali- ja terveyspalveluja koskevissa asiakysymyksissä yhdistysten tulisi toteuttaa vähimmäisehtona niitä määräyksiä, jotka koskevat kuntia. Toisaalta yksityisoikeudellisilla yhdistyksillä ei ole velvollisuutta palvelujen tuottamiseen kaikissa tilanteissa ja pitemmälläkin aikavälillä, mikäli järjestöjen tehtäviä ja rahoitusta ei järjestettäisi pysyviksi. Asiakkaiden sosiaalisten perusoikeuksien turvaaminen ja hyvän hallinnon takeiden turvaaminen edellyttäisivät toiminnasta säädettäväksi lailla, jolloin järjestö ei enää olisikaan vapaa kansalaisjärjestö. Jo pelkästään

sen, että järjestöt ”vain” tuottaisivat kuntien palveluja ilman järjestämisvastuuta, voidaan katsoa rajoittavan käytännössä järjestöjen autonomista päätöksentekoa. Järjestöt eivät voi yksin pelastaa hyvinvointiyhteiskunnan tulevaisuutta.

Julkisyhteisöjen oikeudellinen tehtävärooli eroaa sekä järjestöjen että yritysten vastaavasta. Näiden erilaisesta arvopohjasta johtuen on varsin vaikeaa, ehkäpä mahdotonta muodostaa näiden toimijoiden kesken aitoa kumppanuutta, jossa kukin osapuolista kokisi siitä hyötyvänsä. Yritysmaailmassa kumppanuus perustuu taloudellisen menestymisen mielessä ”win–win”-periaatteeseen. Mikäli edustajaroolissa toimivat järjestöt tahtovat olla samalla viimesijaisia puolustuskyvyttömän yksilön edunvalvojia, asettaa tämä perustehtävä helposti ylitsekäymättömän esteen ei ainoastaan yritysten vaan myös julkisyhteisöjen kanssa muodostettavalle aidolle kumppanuudelle. Voidaan puhuakin enintään verkostomaisesta toiminnasta.

Kritiikkiä oikeudellisessakin tarkastelussa voi perustellusti kohdistaa järjestöihin, joiden kehitystä on tosiasiallisesti ohjannut muu kuin aatteellinen, usein yritysmäinen toimintaideologia. Samaa kritiikkiä voi kohdistaa järjestöihin, jotka rahoittajatahojen kannustamina ovat siirtyneet aatteelliseen järjestötoimintaan kuulumattomille alueille.

Vapaaehtoisten kansalaisjärjestöjen tehtäväroolin selkeyttämisen tarve suhteessa yrityksiin on nykyisessä tilanteessa jopa tärkeämpi kuin menneinä vuosikymmeninä, jolloin yhteiskunnan eteenpäin menemistä ei perustettu samalla tavalla markkinatalouden ideologiaan kuin tänä päivänä. Tämä selkeytystehtävä kuuluu ensisijaisesti järjestöille itselleen.

Summary

Esko Romppainen

THE ROLE OF SOCIAL WELFARE AND HEALTH ORGANISATIONS IN SERVICE PROVISION

Topic of the study

The subject of this study is the role in service provision of social welfare and health organisations that receive public financial aid. The overall question is, under what conditions may such organisations be providers of social welfare and health services when local authorities organise such services subject to the legislation governing public procurement. This research has been limited to organisations that are subject to the Societies Act (503/1989) and are eligible for assistance under the Lottery Act (1047/2001).

The point of departure of the study is the awareness that the Constitution guarantees everyone the right to sufficient welfare and health services, as the Constitution makes it the obligation of the public power to implement the fundamental right of social security, as may be prescribed by law. Nonetheless, private-law organisations face significant expectations that they, too, should assume or at least complement the service functions of the public power.

A significant part-question of the research topic was the evaluation of what effects the Procurement Act (348/2007) has on the provision of the fundamental rights related to social welfare. At the same time, the legislation on public procurement, together with regulations on public aid, are keystones of the study. The study endeavours to find out how other fundamental rights than those related to social welfare have been taken account of in national procurement legislation or what should have been done to ensure these fundamental rights.

Other part-questions involve what effects European Community law has had on the drafting of national procurement procedures for social welfare and health services, and how not-for-profit organisations are affected by these obligations. Do the activities of not-for-profit organisations display any specificity that would justify, in terms of the fundamental right of social welfare, choosing such organisations as primary service providers, and could such organisations have a special status in the provision of social welfare and health services, without risking a conflict with the ideological basis of a non-commercial activity? Would it be possible for, say, social welfare and health organisations to assume a particu-

lar legal status that would exempt them from competitive procurement requirements?

Led by the above-mentioned questions, the objective of this study has been to find out what opportunity organisations have to function as providers of social welfare and health services in network-like cooperation with local authorities, as they have been able to do for decades. An extreme scenario would be that not only the procurement directive, but the entire body of European Community law should have been ignored when adopting the national Procurement Act, at least in so far as it applies to social welfare and health services. The study attempts to define the juridical role of social welfare and health organisations. It is the objective of the study to examine what kind of functional role can be assigned to social welfare and health organisations under existing law.

This study gets its dynamic from the tensions that appear as differing and even opposing interests of actors at the implementing level. The actors in the research framework are organisations, businesses and public authorities, represented in this study by local authorities. These tensions will be examined as disagreements between the principles or objectives of the legislation regulating the activities of the actors, or between specific enactments.

Method of the study

Formulating the method of the study has required a significant number of pages, as the questions to be resolved involve the relationship between European Community and national law, including the definition of national competence and problems related to different traditions of interpretation in the legal sectors covered by the study. Among the most difficult questions was the relationship between the fundamental rights of social welfare guaranteed by the Finnish constitution and the economic liberties guaranteed by the Treaty establishing the European Community. Jurisprudence still has much work to do in developing common principles for the interpretation of European Community and national law.

The method applied in the study assembles the principle of proportionality as developed in the opinions of the Finnish Parliament's, the *Eduskunta's*, Constitution Committee and in the opinions of the Court of Justice of the European Communities. This principle can be applied as a means of resolving several situations occurring in the course of the study, involving countervailing principles in legislation, for example, the relationship between the fundamental right of economic or professional self-expression and the fundamental rights of social welfare. The deliberation assumes that fundamental rights are, in most cases, legal principles. Principles as optimisation orders call for implementation in relation to *factual* and *legal* possibility. This relativity vis-à-vis the possible leads to corollary *principles of opportunity* and *necessity*. As an example of the application of the pro-

portionality principle, one may advance a situation in which an action that is required by national law to protect consumers conflicts with the liberty to exercise a business or profession, while in reality, the action in no real way improves consumer protection. Direct procurement, as included in the Procurement Act, might be such an action.

According to the example, it is possible to abandon direct procurement without any adverse effect on consumer protection. In this case, optimising the mutually conflicting interests of economic liberty and consumer protection would require that the opportunity allowed by the Act is not employed. This is, in simplified form, the content of the principle of opportunity. The necessity principle says that the action allowed by the Act is forbidden in relation to the freedom to exercise a business or profession and to consumer protection, if there is some other action that protects consumers as well as the action permitted by the Act, but interferes less with the freedom to exercise a business or profession.

The principles of opportunity and necessity are derived from the duty to implement principles *to the greatest extent possible*, taking into account factual possibility. The principles express the idea of *pareto* optimality. The proportionality principle in the narrow sense is derived from the duty to implement principles to the extent permitted by legal possibility, which means implementing them above all in relation to countervailing principles. In this situation, the questions of *balancing* and *emphasis* are touched upon in their narrow and true meaning. This is necessary, because fulfilling one principle leads to the non-implementation of another principle; thus one principle can only be fulfilled at the expense of another.

The interpretative construct can be condensed by saying that, from the point of view of European Community law, the core of the proportionality principle is the comparison of *means* versus *desirable objectives*. The actions of an actor within a legal system will be adjudged according to whether, in order to achieve objectives that are intrinsically legal and acceptable in that legal system, he has applied *excessive* means that *interfere with some other legal interest* that is also protected by the same legal system. Ultimately, the question is one of choosing between values that cannot be assigned specific weights.

Conclusions

The responsibility to ensure fundamental rights

The responsibility for the fundamental right of social welfare, the right to enjoy sufficient social welfare and medical services, has been assigned to the local authorities in the general and specific legislation on social welfare and health services. The Local Authorities Act allows local authorities to set up a consorti-

um for this purpose. Local authorities may also entrust service production to a non-municipal provider. Thus, local authorities may also, according to the Act, agree with other local authorities to arrange the services for which they are responsible. Local authorities can arrange social welfare and health services by means of purchase contracts with private providers or with other public-sector entities, including organisations. When procuring purchased services, local authorities may not, however, transfer their obligations as authorities to a private provider. These obligations include ultimate legal responsibility for the availability and quality of services required by law.

Legal responsibility and the moral and ethical responsibility (according to the general tenets of Finnish law) for the realisation of individuals' fundamental rights of social welfare rests with the concerned decision-makers of the local authorities, not with businesses or organisations.

An analysis of the position of organisations relates to the right of civic organisations to independent decision-making. From a legal standpoint, ensuring the self-determining ("auto-poietic") liberty of civic organisations is part of the general fundamentals of the Finnish conception of the autonomy of societies – both the fundamental rights aspects of the Constitution and the premises of civil law. The self-determination of societies implies that neither the public power nor any other external party may determine the substantive decisions of societies. In this context, external parties include the financers or sponsors of the societies' activities. An historical examination of Finnish civic organisations will also demonstrate how important it is for society's democratic development to nurture the autonomy of civic organisations. The autonomy of civic organisations exists in this sense also to protect organisations against themselves. In plain language this means that registered societies in the meaning of the Societies Act may not invoke their autonomy to expand into areas that may no longer be construed as 'ideological' in the meaning of the Act or areas that are in significant conflict with general public order.

The Societies Act's requirement of 'ideological' purpose may, however, be met also when the society is founded for the purpose of providing social welfare or health services. Such services may of themselves be considered commercial and market based. The society must also have an 'ideological' framework; the society may, for example, have the objective of furthering adequate housing for people living in sub-standard conditions. The requirement of 'ideological' purpose is absent when the objective of the society is to provide profit or other immediate financial gain for its members, or when the objective is otherwise of an economic nature.

When societies provide social welfare and health services, and although they have a significantly different value base from for-profit enterprises, as producers of marketable services they are bound in the same way as businesses by the leg-

islation in force for the protection of clients and patients. Subjected to competitive pressures, societies need to develop their activities in such a way that these activities may frequently be seen as primarily economic in nature, given the form of organisation. Such activities are contrary to the original objective of the Societies Act. In such situations, retaining the distinctive features of 'ideological' societies, such as voluntariness and peer support, is not easy, even though the activities of societies working in a competitive environment are no longer considered contrary to the Societies Act.

It would be problematic, in terms of the principle of societies' autonomy, for societies in the meaning of the Societies Act to be responsible for providing the basic services that are the responsibility of local authorities, because under these circumstances societies would no longer be able to make truly independent decisions, unaffected by external parties. Because the issue involves fundamental rights and the principle of good administration, any such transfer of responsibility would necessitate an Act of Parliament. In the substantive issues of social welfare and health services provision, societies should at a minimum fulfil the requirements that apply to local authorities. On the other hand, societies would not be obliged to provide services universally or on a long-term basis, which would conflict with citizens' fundamental rights. Even if societies "only" provided services for local authorities, this could, from the perspective of principles, limit organisations' autonomous decision-making.

Procurement regulations and the mobility of social welfare and health services

Even though social welfare and health organisations do not view themselves as actors in an economic market when providing services, they are subject to the same internal market and competition rules under the EC Treaty as are businesses. Consequently, for the purposes of the Procurement Act, which is based on the corresponding Directive, organisations are service providers when offering services on the market. It should be noted that, for the purposes of public procurement regulations, public-sector actors have the same basic status as societies in service provision.

The essential requirement of the Procurement Act, competition in procurement, is frequently perceived as hostile to the ideology of not-for-profit societies. The Procurement Act should be instrumental in promoting the responsibility to organise social welfare and health services that is incumbent on local authorities. The Act's objective is to *promote quality in procurement* but at the same time to promote efficient use of public funds. These objectives tend to create tensions also in the relationship between organisations and local authorities. When participating in competitive tendering, organisations must assume a role that in

practice is similar to business. Procurement regulations force organisations into the mould of economic actors, even though the organisations would prefer for ideological reasons not to appear as market actors.

The last-mentioned observation has little significance, as the procurement regulations' competition requirement is directly corollary to the EC Treaty. The objective of procurement regulations is to promote the objectives of the internal market. According to the jurisprudence of the Court of Justice, the EC Treaty's freedoms of mobility and related principles may be applied to services that were excluded from the Procurement Directive, hence also to social welfare and health services. In the current situation, this possibility of application to social welfare and health services cannot be considered solely a hypothetical possibility. The legal protection of parties to procurement processes justifies including social welfare and health services procurement in the national Procurement Act.

The European Community's internal market and competition rules are applicable only in situations that are germane to community law, also when the subject is services included in the national social welfare system. In the current state of community law, member states may impose limitations that apply to all physical and juridical persons established in the territory of the member state. This is the situation when a service provider from another member state wishes to establish itself in Finland in order to provide services according to Finnish legislation or to offer such services from the provider's state of establishment. There are already examples in the fields of care for the elderly, care for the mentally ill or disabled, basic health care, specialist health care and employment services. Community law might, at least in principle, become applicable because a Finnish service provider establishes itself in another member state in order to provide services to Finns from that country.

Problems of applying national legislation become apparent in situations where European Community law needs to be applied to the provision of fundamental rights of social welfare. Such situations occur when services within the social security system are also services in the meaning of the EC Treaty. According to the early jurisprudence of the Court of Justice, protection of fundamental rights must be in concurrence with the structure and objectives of the Community, and it is not possible to plead national law, not even a constitutionally guaranteed fundamental right, against rights assured in the EC Treaty. This is because otherwise, the legislation based on the EC Treaty would lose its community-wide nature and the very juridical foundations of the Community would come into question.

The provision of social welfare and health services with increasing frequency has effects that transcend the borders of member states. This inevitably leads to interpretation situations that require the formulation of a principle of the relative precedence of Community or national law. Because of the default primacy of

Community law, economic freedoms, such as the freedom to provide services according to Art. 49, seem to carry primary and absolute weight. However, the greater the weight that can be assigned, according to the interpretive rules explained above, to national objectives of protecting organisational units or public order, the easier it is to argue for the primacy of national fundamental rights, particularly of social welfare.

The jurisprudence of the Court of Justice contains elements that permit us to consider that fundamental rights considerations may permit further-reaching limits to the free movement of goods and the freedom to offer services than do other justifications that lack a fundamental rights basis. This is because limitations based on fundamental rights carry greater *weight* than other bases of limitations. The absolute weight of fundamental rights is made manifest by fact that the right to life and the prohibition of inhumane treatment or punishment according to the European Convention of Human Rights are illimitable.

Public aid in the public procurement process

One of the fundamental questions of this study was whether the public aids granted by the Council of State out of the profits of the Finnish slot machine association (RAY) fulfil the general requirements for state aids according to article 87, paragraph 1 when such aids are granted to organisations. The said article prohibits all state aid that distorts or may distort competition by favouring a particular enterprise or sector, to the extent that it applies to trade between the member states. It is a requirement for the applicability of the EC Treaty's provisions on state aid that the characteristics of an enterprise are met.

Generally, the objective of aid in accordance with the Lottery Act is different from the objectives of state aid to enterprises. The objective of aid from slot machine profits is to *finance* the 'ideological' activities of social welfare and health organisations, not to promote business development. Such financing may, however, fulfil the characteristics of prohibited state aid. This may occur when aid is granted to an organisation that provides services.

EC law does not provide a clear answer to how public aid should be treated in procurement procedures. This study has attempted to find answers in the general rules applicable to state aid and to competitive procurement and the accumulated jurisprudence in these fields. The introduction of the Procurement Act and the implementation of the corollary procedures need to be viewed in the light of the principles that apply to the application of Community law. An Act cannot be introduced contrary to Community law.

The jurisprudence of the Court of Justice makes it clear that the principle of equal treatment of bidders implies that all bidders shall have equal opportunities to formulate bids, irrespective of their nationality. This approach also prohibits

selective public aid, as an enterprise that receives aid would be put into a more advantageous position than other bidders. This prohibition, which applies to all types of state aid, applies also to aid granted out of RAY's profits. It is possible that the effect of the aid could be eliminated as part of the comparison of bids, thereby securing the required equality of treatment. This, however, would mean that the aid in question is used contrary to its original purpose, to pay the costs of public authorities.

The integrity principle in service procurement

The system of fundamental rights is a system of values. The system of fundamental rights and the European Convention of Human Rights, which by virtue of section 22 of the Constitution impacts the application of fundamental rights, justify the conclusion that moral and ethical considerations should be emphasised in individual decision-making. Economic growth and the economic or functional efficiency of organisations are typical practically justified objectives. The procurement regulations' objectives of optimising the use of public funds are typical pragmatic objectives that, in social welfare law, are set by the state as legislator and by local authorities as implementing decision-makers. Pragmatic justifications should, also in these decision-making situations, be subject to the test of 'ideological' and ethical arguments.

When adjudging the weight of the fundamental right of social welfare against the fundamental freedoms of the EC Treaty, the question also concerns decision-making about social-welfare systems, which the subsidiarity principle currently assigns to the member states. According to the established jurisprudence of the Court of Justice, Community law does not affect the member states' competence to legislate concerning their social-welfare systems. The new Services Directive has not removed this competence. As social welfare policy has not been harmonised by Community legislation, the legislator in each member state is free to determine levels of social protection and conditions for granting social benefits. The level of social welfare and health provision according to the national fundamental rights system in Finland may be higher than in some other member states. Despite this freedom of the national legislator, the aspect of protecting patients or social-services clients played quite a limited role when the Procurement Act was adopted.

The jurisprudence of the Court of Justice examines the freedom to determine social welfare systems without reference to the individual perspective of the client, whereas it is the objective of the institutionally supported *integrity principle* to assume the viewpoint of the client or patient. This jurisprudence permits the statement that Community law does not prohibit determining levels of provision according to the individual viewpoint of the client. Respect for the fundamental

rights of social welfare specifically requires this basis of determination. According to the jurisprudence of the Court of Justice, it is generally the task of member states to determine legitimate levels of benefit and the means to achieve these levels. It is not the task of the Court of Justice to impose its judgements in place of the moral judgments of the member states' legislators.

The weighting of countervailing principles must be done in relation to the possibilities afforded by law, taking into consideration the facts pertaining to the case. This also applies to the fundamental rights contained in the Constitution. The opportunities for application afforded by national fundamental rights are significantly reduced by the strict conditions for direct procurement contained in the Procurement Act. A broader scope for applying national fundamental rights could have been justified, also in terms of Community law. The opportunity to apply the Procurement Act's provision on direct procurement is in practice limited by the fact that only very few social welfare cases permit separate consideration of individual needs, which the Act now requires. An assessment of the requirements for direct procurement should always be based on the facts pertaining to the situation in question. In this assessment, beneficiaries of normal outpatient care provision are in a different situation vis-à-vis the implementation of the *integrity principle* than are, for example, the subjects of complex cases involving public custody of children with a long-term care requirement.

The conditions for maintaining a service provision contract are in practice determined by the conditions for maintaining the entire service institution. Even if the legal requirements are met in the case of an individual, maintaining care or service contracts on the basis of individual need is not possible in practice. Factual requirements would involve an examination of whether it is justified to maintain the contractual status of a service institution as such and of when retendering would be justified from the point of view of the individual protection of the clients.

It is apparent that the Procurement Act's provision on direct procurement was adopted only in order to minimise the likelihood that European Community law would unexpectedly become directly applicable. The currently predominant market ideology has led to the same result.

Organisations as public service providers

This study has examined in particular, whether organisations may have a special status in carrying out the social welfare system and, as a separate corollary question, whether they could assume public service provision as a whole in some sector. Only non-profit organisations would be approved as service providers. The study has examined the special requirements imposed by Community and national law on such delegation.

Because of the Procurement Act's requirement of equal treatment, it should be ensured that all competing organisations and domestic or foreign non-profit enterprises have equal opportunities to receive funding for services or, to go into further detail, the effect on competitive bidding on aid given to organisations before a tender procedure should be equal. If organisations were to agree to divide markets among them, such an agreement could be adjudged as prohibited by competition regulations.

For organisations, the question would, also in this model, involve adopting a competitive ideology, even though the competition would be only among "peers", non-profit actors, although not necessarily only among 'ideological' societies. Competition applied to services provision by organisations would be based on dynamic efficiency, thus also creating pressure to continue developing services. This should be the end result from the viewpoint of the practical objectives of local authority economies. This model would not of itself eliminate the dangers that competition allegedly causes the fundamental rights of social welfare.

It is difficult to find indisputable justifications within the fundamental rights system for limiting competitive tendering for social welfare and health services to non-profit entities, if the goal is simply to eliminate profit-seeking. The fundamental rights system is also a values system. It contains, with a considerable weighting, also the elements of the market economy, including the liberty to exercise a business or profession and the law of contract. This study has attempted to attach particular significance to the consistency of jurisprudence and hence to the justifiability of the social welfare and health organisations as a whole.

It would appear possible in some instances to secure the fundamental right of social welfare by creating by law a monopoly. In preparing such legislation, it would be necessary to show concretely that in a particular service sector, there is no opportunity for market-based activity, even in the long term. Given the need to secure the fundamental liberty to exercise a business or profession, the opportunities to assign directly a public service function are, in practice, limited. The market assessment required by the Court of Justice would be necessary as a minimum requirement. Both the national fundamental rights system and Community law would require that the necessity of the monopoly for ensuring the provision of a service contained in the fundamental right of social welfare is assessed in accordance with the principle of proportionality (i.e. imposing a *suitability test*).

Finnish Lawyers' Association 2007
ISBN 978-951-855-271-3

Oikeustapaushakemisto

EUROOPAN YHTEISÖJEN TUOMIOISTUIMET

Yhteisöjen tuomioistuin

C-30/59 23/02/1961, De gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg v ECSC High Authority (Rec.1961, p.3) 349
C-26/62 05/02/1963, Van Gend en Loos v Administratie der Belastingen (Rec.1963, p.3) 34
C-6/64 15/07/1964, Costa v E.N.E.L. (Rec.1964, p.1141) 34, 91
C-7/68 10/12/1968, Commission v Italy (Rec.1968, p.617) 112
C-29/68 24/06/1969, Milch-, Fett- und Eierkontor v Hauptzollamt Saarbrücken (Rec.1969, p.165) 78, 92
C-5/69 09/07/1969, Völk / Vervaecke (Rec.1969, p.295) 381
C-29/69 12/11/1969, Stauder v Stadt Ulm (Rec.1969, p.419) 91
C-9/70 06/10/1970, Grad v Finanzamt Traunstein (Rec.1970, p.825) 34
C-11/70 17/12/1970, Internationale Handelsgesellschaft mbH v Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel 91, 92, 481
C-10/71 14/07/1971, Ministère public luxembourgeois v Müller (Rec.1971, p.723) 432
C-6/72 21/02/1973, Europemballage Corporation and Continental Can Company/ Commission (Rec.1973, p.215) 294
C-77/72 19/06/1973, Capolongo v Azienda Agricola Maya (Rec.1973, p.611) 368
C-4/73 14/05/1974, Nold KG v Commission (Rec.1974, p.491) 92, 102, 108, 109, 110, 278
C-120/73 11/12/1973, Lorenz GmbH v Bundesrepublik Deutschland and others (Rec.1973, p.1471) 367, 369
C-127/73 30/01/1974, BRT v SABAM (Rec.1974, p.51) 380, 434
C-155/73 30/04/1974, Sacchi (Rec.1974, p.409) 431, 438, 439
C-173/73 02/07/1974, Italy v Commission (Rec.1974, p.709) 349, 350, 351, 503
C-33/74 03/12/1974, Van Binsbergen / Bedrijfsvereniging voor de etaalnijverheid (Rec.1974, p.1299) 116, 308, 458, 469
C-26/76 23/07/1976, Metro v Commission (Rec.1976, p.1353) 317
C-50/76 02/02/1977, Amsterdam Bulb BV v Produktschap voor Siergewassen (Rec.1977, p.137) 34
C-52/76 03/02/1977, Benedetti v Munari (Rec.1977, p.163) 353
C-78/76 22/03/1977, Steinike & Weinlig v Federal Republic of Germany (Rec.1977, p.595) 352, 365, 391
C-85/76 13/02/1979, Hoffmann-La Roche / Commission (Rec.1979, p.461) 297
C-13/77 16/11/1977, INNO v ATAB (Rec.1977, p.2115) 297, 425, 439
C-106/77 09/03/1978, Amministrazione delle finanze dello Stato v Simmenthal (Rec.1978, p.629) 34, 77
C-156/77 12/10/1978, Commission v Belgium (Rec.1978, p.1881) 356
C-22/78 31/05/1979, Hugin Kassaregister AB v Commission (Rec.1979, p.1869) 381
C-120/78 20/02/1979, Rewe v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Rec.1979, p.649) (”*Cassis de Dijon*”) 111
C-44/79 13/12/1979, Hauer v Land Rheinland-Pfalz (Rec.1979, p.3727) 92

C-730/79 17/09/1980, Philip Morris v Commission (Rec.1980, p.2671) 357, 358, 504
C-188–190/80 06/07/1982, France, Italy and United Kingdom v Commission (Rec.1982, p.2545) 444, 445
C-279/80 17/12/1981, Webb (Rec.1981, p.3305) 105, 106, 308
C-40/82 31/01/1984, Commission v United Kingdom (Rec.1984, p.283) 110
C-238/82 07/02/1984, Duphar BV and others v The Netherlands State (Rec.1984, p.523) 413, 414
C-286/82, C-26/83 31/01/1984, Luisi and Carbone / Ministero dello Tesoro (Rec.1984, p.377) 131
C-296/82 13/03/1985, Netherlands and Leeuwarder Papierwarenfabriek v Commission (Rec.1985, p.809) 357
C-14/83 10/04/1984, Von Colson and Kamann / Land Nordrhein-Westfalen (Rec.1984, p.1891) 76
C-72/83 10/07/1984, Campus Oil Limited and others v Minister for Industry and Energy and others (Rec.1984, p.2727) 443
C-106/83 13/12/1984, Sermide SpA (Rec.1984, p.4209) 141
C-220/83 04/12/1986, Commission / France (Rec.1986, p.3663) 118
C-274/83 29/01/1985, Michel v Commission (Rec.1985, p.347) 35
C-18/84 07/05/1985, Commission v France (Rec.1985, p.1339) 350, 351, 503
C-152/84 26/02/1986, Marshall v Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (Rec.1986, p.723) 374
C-222/84 15/05/1986, Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (Rec.1986, p.1651) 86, 92, 374
C-67/85, C-68/85, C-70/85 02/02/1988, Van der Kooy BV and others v Commission (Rec.1988, p.219) 348
C-118/85 16/06/1987, Commission v Italy (Rec.1987, p.2599) 158, 304, 306, 423
C-199/85 10/03/1987, Commission v Italy (Rec.1987, p.1039) 128, 172, 190
C-310/85 24/02/1987, Deufil v Commission (Rec.1987, p.901) 350
C-352/85 26/04/1988, Bond van Adverteerders v Netherlands State (Rec.1988, p.2085) 110, 306, 405
C-66/86 11/04/1989, Ahmed Saeed Flugreisen and others v Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs (Rec.1989, p.803) 425, 431
C-126/86 29/09/1987, Giménez Zaera / Instituto Nacional de la Seguridad Social and Tesorería General de la Seguridad Social (Rec.1987, p.3697) 300
C-157/86 04/02/1988, Murphy v An Bord Telecom Eireann (Rec.1988, p.673) 124
C-263/86 27/09/1988, Belgian State v Humbel (Rec.1988, p.5365) 301, 302, 305
C-30/87 04/05/1988, Bodson v Pompes funèbres des régions libérées (Rec.1988, p.2479) 306, 422, 424, 429, 439, 462
C-31/87 20/09/1988, Beentjes v Netherlands State (Rec.1988, p.4635) 132, 145
C-45/87 22/09/1988, Commission v Ireland (Rec.1988, p.4929) (”*Dundalk*”) 128
C-46/87, C-227/88 21/09/1989, Hoechst v Commission (Rec.1989, p.2859) 92
C-142/87 21/03/1990, Belgium v Commission (Rec.1990, p.I-959) (”*Tubemeuse*”) 348, 358, 387, 503, 504, 509
C-196/87 05/10/1988, Steymann v Staatssecretaris van Justitie (Rec.1988, p.6159) 308, 453
C-301/87 14/02/1990, France v Commission (Rec.1990, p.I-307) 350, 369
C-316/87 Judgment of 26/04/1988, Hauptzollamt Hamburg-Jonas / Krücken (Rec.1988, p.2213) 186
C-3/88 Judgment of 05/12/1989, Commission / Italy (Rec.1989, p.4035) 466

C-5/88 13/07/1989, Wachauf v Bundesamt für Ernährung und Forstwirtschaft (Rec.1989, p.2609) 92
C-18/88 13/12/1991, RTT v GB-Inno-BM (Rec.1991, p.I-5941) 431
C-21/88 20/03/1990, Du Pont de Nemours Italiana v USL di Carrara (Rec.1990, p.I-889) 128, 351, 503
C-103/88 22/06/1989, Fratelli Costanzo v Comune di Milano (Rec.1989, p.1839) 374
C-202/88 19/03/1991, France v Commission (Rec.1991, p.I-1223) (”*Terminal Equipment*”) 174, sivulla 174, 423, 440, 441, 442, 443, 457, 461
C-221/88 22/02/1990, ECSC v Busseni (Rec.1990, p.I-495) 374
C-5/89 20/09/1990, Commission v Germany (Rec.1990, p.I-3437) 358, 370
C-106/89 13/11/1990, Marleasing v Comercial Internacional de Alimentación (Rec.1990, p.I-4135) 124
C-188/89 12/07/1990, Foster and others v British Gas (Rec.1990, p.I-3313) 154, 374
C-243/89 22/06/1993, Commission v Denmark (Rec.1993, p.I-3353) (”*Storebelt*”) 132, 142, 145
C-260/89 18/06/1991, ERT v DEP (Rec.1991, p.I-2925) 92, 104, 108, 109, 441, 457
C-288/89 25/07/1991, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda / Commissariaat voor de Media (Rec.1991, p.I-4007) 105, 110, 114, 132, 286, 416, 460, 461, 467
C-1/90, C-176/90 25/07/1991, Aragonesa de Publicidad Exterior and Publivia/Departamento de Sanidad y Seguridad Social de Cataluña (Rec.1991, p.I-4151) 109, 111
C-6/90, C-9/90 19/11/1991, Francovich and Bonifaci v Italy (Rec.1991, p.I-5357) 34
C-41/90 23/04/1991, Höfner and Elser v Macrotron (Rec.1991, p.I-1979) 304, 423, 431, 456, 494
C-76/90 25/07/1991, Säger / Dennemeyer (Rec.1991, p.I-4221) 106, 536
C-159/90 04/10/1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland v Grogan and Others (Rec.1991, p.I-4685) 308, 537
C-271/90, C-281/90, C-289/90 17/11/1992, Spain and others v Commission (Rec.1992, p.I-5833) 423
C-159/91, C-160/91 17/02/1993, Poucet and Pistre v AGF and Cancava (Rec.1993, p.I-637) 304, 310, 414, 430
C-272/91 26/04/1994, Commission v Italy (Rec.1994, p.I-1409) 107
C-320/91 19/05/1993, Criminal proceedings against Corbeau (Rec.1993, p.I-2533) 422, 423, 424, 431, 433, 441, 442, 443, 454, 461, 465
C-91/92 14/07/1994, Faccini Dori v Recreb (Rec.1994, p.I-3325) 34
C-109/92 07/12/1993, Wirth v Landeshauptstadt Hannover (Rec.1993, p.I-6447) 305, 306
C-275/92 24/03/1994, Her Majesty’s Customs and Excise v Schindler (Rec.1994, p.I-1039) 118, 330
C-278/92, C-280/92 14/09/1994, Spain v Commission (Rec.1994, p.I-4103) 348
C-328/92 03/05/1994, Commission / Spain (Rec.1994, p.I-1569) 79, 187
C-364/92 19/01/1994, SAT Fluggesellschaft v Eurocontrol (Rec.1994, p.I-43) 306, 430
C-384/93 10/05/1995, Alpine Investments / Minister van Financiën (Rec.1995, p.I-1141) 131
C-387/92 15/03/1994, Banco Exterior de España / Ayuntamiento de Valencia (Rec.1994, p.I-877) 368
C-393/92 27/04/1994, Gemeente Almelo and others v Energiebedrijf IJsselmij (Rec.1994, p.I-1477) 431, 442, 443, 454, 461, 465
C-415/93 15/12/1995, Union royale belge des sociétés de football association and others v Bosman and others (Rec.1995, p.I-4921) 49, 92

C-39/94 11/07/1996, SFEI and others v La Poste and others (Rec.1996, p.I-3547) 355
C-55/94 30/11/1995, Gebhard / Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (Rec.1995, p.I-4165) 113
C-57/94 18/05/1995, Commission / Italy (Rec.1995, p.I-1249) 79
C-87/94 25/04/1996, Commission / Belgium (Rec.1996, p.I-2043) 132
C-157/94 23/10/1997, Commission v Netherlands (Rec.1997, p.I-5699) 430
C-159/94 23/10/1997, Commission v France (Rec.1997, p.I-5815) 434, 461
C-241/94 26/09/1996, France v Commission (Rec.1996, p.I-4551) 349
C-244/94 16/11/1995, FFSA and others v Ministère de l'Agriculture and de la Pêche (Rec.1995, p.I-4013) 305, 310, 453
C-302/94 12/12/1996, The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British Telecommunications (Rec.1996, p.I-6417) 425
C-70/95 17/06/1997, Sodemare and others v Regione Lombardia (Rec.1997, p.I-3395) 307, 416, 417–419, 482, 512, 513, 514, 524, 536
C-120/95 28/04/1998, Decker v Caisse de maladie des employés privés (Rec.1998, p.I-1831) 414
C-189/95 23/10/1997, Criminal proceedings against Franzén (Rec.1997, p.I-5909) 462
C-343/95 18/03/1997, Calì & Figli v Servizi Ecologici Porto di Genova (Rec.1997, p.I-1547) 107, 306, 352, 430
C-35/96 18/06/1998, Commission v Italy (Rec.1998, p.I-3851) 302, 304, 453
C-44/96 15/01/1998, Mannesmann Anlagenbau Austria and others v Strohal Rotationsdruck (Rec.1998, p.I-73) 154, 156, 158, 299, 520
C-67/96 21/09/1999, Albany International BV v Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (Rec.1999, p.I-5751) 427, 430, 449, 517
C-158/96 28/04/1998, Kohll v Union des caisses de maladie (Rec.1998, p.I-1931) 308, 414, 453, 466, 493
C-360/96 10/11/1998, Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding (Rec.1998, p.I-6821) 157, 158, 454
C-76/97 24/09/1998, Tögel v Niederösterreichische Gebietskrankenkasse (Rec.1998, p.I-5357) 35, 182
C-212/97 09/03/1999, Centros (Rec.1999, p.I-1459) 105, 280, 493
C-124/97 21/09/1999, Markku Juhani Läärä v Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) and Suomen valtio (Finnish State) (Rec.1999, p.I-6067) 116, 118, 249, 330, 450
C-292/97 13/04/2000, Karlsson and others (Rec.2000, p.I-2737) 141
C-27/98 16/09/1999, Fracasso and Leitschutz (Rec.1999, p.I-5697) 139, 140
C-67/98 21/10/1999, Questore di Verona v Diego Zenatti (Rec.1999, p.I-7289) 118, 286, 330, 461
C-107/98 18/11/1999, Teckal Srl v Comune di Viano and Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia (Rec.1999, p.I-8121) 107, 169, 170, 226, 450
C-180/98 12/09/2000, Pavlov and others (Rec.2000, p.I-6451) 304, 305, 494
C-209/98 23/05/2000, Sydhavnens Sten & Grus v Københavns Kommune (Rec.2000, p.I-3743) 431, 443
C-225/98 26/09/2000, Commission / France (Rec.2000, p.I-7445) 146
C-275/98 18/11/1999, Unitron Scandinavia and 3-S v Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri (Rec.1999, p.I-8291) 132, 133, 174, 193, 468, 496, 527
C-324/98 07/12/2000, Teleaustria and Telefonadress v Telekom Austria AG (Rec.2000, p.I-10745) 128, 133, 141, 177, 178, 184, 193, 196, 445, 468, 496, 527, 533
C-351/98 26/09/2002, Spain / Commission (Rec.2002, p.I-8031) 358, 504

C-368/98 12/07/2001, Vanbraekel and others v Alliance nationale des mutualités chrétiennes (ANMC) (Rec.2001, p.I-5363) 414, 415
C-380/98 03/10/2000, The Queen v H.M. Treasury, ex parte: The University of Cambridge (Rec.2000, p.I-8035) 128, 155, 276, 520
C-390/98 20/09/2001, H.J. Banks & Co. Ltd v The Coal Authority and Secretary of State for Trade and Industry (Rec.2001, p.I-6117) 349
C-94/99 07/12/2000, ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft (Rec.2000, p.I-11037) 133, 170, 226, 390, 391, 398, 507, 508
C-157/99 12/07/2001, Smits and Peerbooms v Stichting CZ Groep Zorgverzekeringen (Rec.2001, p.I-5473) 309, 415, 453, 458, 494
C-173/99 26/06/2001 , BECTU (Rec.2001 ,p.I-4881) 93
C-223/99, C-260/99 10/05/2001, Agorà and Excelsior v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano (Rec.2001, p.I-3605) 157, 469
C-237/99 01/02/2001, Commission v France (Rec.2001, p.I-939) 127, 139, 276
C-285/99, C-286/99 27/11/2001, Impresa Lombardini (Rec.2001,p.I-9233) 394
C-309/99 19/02/2002, Wouters and others v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten (Rec.2002, p.I-1577) 422, 430
C-385/99 13/05/2003, Müller-Fauré and van Riet (Rec.2003, p.I-4509) 415, 458, 481, 521
C-400/99 09/10/2001, Italy / Commission (Rec.2001, p.I-7303) 368
C-475/99 25/10/2001, Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz (Rec.2001, p.I-8089) 456
C-482/99 16/05/2002, France v Commission (Rec.2002, p.I-4397) 348
C-513/99 17/09/2002, Concordia Bus Finland v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne (Rec.2002, p.I-7213) 127, 139, 142, 147, 188, 494
C-19/00 18/10/2001, SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo (Rec.2001, p.I-7725) 187
C-53/00 22/11/2001, Ferring SA v Agence centrale des organismes de sécurité sociale (ACOSS) (Rec.2001, p.I-9067) 408, 431, 434, 435, 452
C-59/00 03/12/2001, Bent Mousten Vestergaard v Spøttrup Boligselskab (Rec.2001, p.I-9505) 129, 177, 496
C-112/00 12/06/2003, Schmidberger (Rec.2003, p.I-5659) 93, 94, 109, 118, 482, 536
C-214/00 15/05/2003, Commission / Spain (Rec.2003, p.I-4667) 155
C-218/00 22/01/2002, Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas v Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL) (Rec.2002, p.I-691) 302, 304
C-280/00 24/07/2003, Altmark Trans and Regierungspräsidium Magdeburg v Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH, and Other (Rec.2003, p.I-7747) 359, 434, 435, 436, 446, 447, 450, 458, 470, 504, 517
C-333/00 07/11/2002, Maaheimo (Rec.2002, p.I-10087) 416
C-373/00 27/02/2003, Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH (Rec.2003, p.I-1931) 157, 158
C-463/00 13/05/2003, Commission v Spain (Rec.2003, p.I-4581) 427, 430
C-6/01 11/09/2003, Anomar and others (Rec.2003, p.I-8621) 113, 301
C-18/01 22/05/2003, Korhonen and others v. Varkauden Taitotalo Oy (Rec.2003, p.I-5321) 128, 157, 158, 494
C-56/01 23/10/2003, Inizan (Rec.2003, p.I-12403) 78
C-126/01 20/11/2003, GEMO (Rec.2003, p.I-13769) 350, 359
C-243/01 06/11/2003, Gambelli and others (Rec.2003, p.I-13031) 106, 113, 116, 118, 330
C-264/01 16/03/2004, AOK-Bundesverband and others v Ichthyol-Gesellschaft, Cordes, Hermani & Co. and others (Rec.2004, p.I-2493) 309, 310

C-315/01 19/06/2003, GAT (Rec.2003, p.I-6351) 188, 189
C-8/02 18/03/2004, Leichtle v. Bundesanstalt für Arbeit (Rec.2004, p.I-2641) 414, 415, 458, 496, 536
C-36/02 14/10/2004, Omega (Rec.2004, p.I-9609) 110, 111, 118, 482, 524
C-42/02 13/11/2003, Lindman (Rec.2003, p.I-13519) 113
C-21/03, C-34/03 03/03/2005, Fabricom (Rec.2005, p.I-1559) 141
C-26/03 11/01/2005, Stadt Halle and RPL Lochau (Rec.2005, p.I-1) 170, 190, 226
C-205/03 11/07/2006, FENIN / Commission (Rec.2006, p.I-6295) 298, 309, 453
C-231/03 21/07/2005, Coname (Rec.2005, p.I-7287) 132, 133, 134, 184, 193, 527, 530, 531
C-264/03 20/10/2005, Commission / France (Rec.2005, p.I-8831) 106, 107, 128, 129, 149, 150, 168, 169, 178, 468, 483, 494
C-411/03 13/12/2005, SEVIC Systems (Rec.2005, p.I-10805) 106
C-458/03 13/10/2005, Parking Brixen (Rec.2005, p.I-8612) 134, 141, 150, 178, 468, 496, 508, 518, 527
C-540/03 27/06/2006, Parliament / Council (Rec.2006, p.I-5769) 93, 105, 117, 482
C-148/04 15/12/2005, Unicredito Italiano (Rec.2005, p.I-11137) 366, 367, 369
C-222/04 10/01/2006, Cassa di Risparmio di Firenze and others (Rec.2006, p.I-289) 305, 494
C-255/04 15/06/2006, Commission / France (Rec.2006, p.I-5251) 536
C-338/04, C-359/04, C-360/04 06/03/2007, Placanica and others (rek. puuttuu) 110
C-340/04 11/05/2006, Carbotermo and Consorzio Alisei (Rec.2006, p.I-4137) 170
C-386/04 Pending Case, Centro di Musicologia Walter Stauffer, julkisasiamiehen ratkaisuehdotus 15.12.2005 105, 300
C-410/04 06/04/2006, ANAV (Rec.2006, p.I-3303) 170

EY:n ensimmäisen asteen tuomioistuin

T-380/94 12/12/1996, AIUFASS and AKT v Commission (Rec.1996, p.II-2169) 355
T-106/95 27/2/1997, FFSA and others v Commission (Rec.1997, p.II-229) 433, 435, 450
T-14/96 28/01/1999, BAI v Commission (Rec.1999, p.II-139) 349, 378, 389, 401, 505
T-126–127/96 15/09/1998, BFM v Commission (Rec.1998, p.II-3437) 355
T-46/97 10/05/2000, SIC v Commission (Rec.2000, p.II-2125) 435
T-110/97 06/10/1999, Kneissl Dachstein v Commission (Rec.1999, p.II-2881) 355
T-288/97 15/06/1999, Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia v Commission (Rec.1999, p.II-1871) 358
T-298/97, T-312–313/97, T-315/97, T-600–607/97, T-1/98, T-3–6/98, T-23/98 15/06/2000, Mauro Alzetta and others v Commission (Rec.2000, p.II-2319) 358, 362
T-319/99 04/03/2003, FENIN v Commission (Rec.2003, p.II-357) 453, 494
T-169/00 26/02/2002 , Esedra / Commission (Rec.2002, p.II-609) 133
T-116/01, T-118/01 05/08/2003, P & O European Ferries (Vizcaya) v Commission (Rec.2003, p.II-2957) 353, 378

KANSALLISET TUOMIOISTUIMET

Korkein oikeus

KKO	4.3.2004	T 686	64–65
KKO	24.2.2005	T 481	330

Korkein hallinto-oikeus

KHO	5.3.1969	T 1371	142
KHO	30.8.1993	T 3053	311, 312
KHO	16.9.1994	T 4231	55
KHO	11.11.1996	T 3509	298
KHO	12.9.1997	T 2218	212
KHO	1.4.1999	T 770	139
KHO	11.8.1999	T 1970	392
KHO	1.12.1999	T 3895	157
KHO	27.11.2000	T 3113	160, 399
KHO	27.11.2000	T 3118	213
KHO	14.11.2001	T 2807	391
KHO	26.11.2001	T 2941	182
KHO	28.11.2001	T 2973	139
KHO	11.1.2002	T 54	312, 313
KHO	15.2.2002	T 315	164, 165, 499
KHO	24.4.2002	T 954	124, 183, 189, 196
KHO	18.12.2002	T 3353	69
KHO	11.2.2003	T 275	392, 393, 398
KHO	30.11.2004	T 3048	141, 170, 173, 226
KHO	30.8.2006	T 2207	170
KHO	27.9.2006	T 2472	352, 365, 370, 404

Kilpailuneuvosto

Dnro	3/359/92	8.3.1993	311, 312
Dnro	8/359/95	24.8.1995	392
Dnro	16/359/98	1.6.1998	392
Dnro	14/359/97	25.6.1998	191
Dnro	27/359/98	13.10.1998	392
Dnro	6/359/96	2.11.1998	313
Dnro	10/690/99	19.4.1999	188
Dnro	18/690/99	19.4.1999	188
Dnro	34/690/99	20.5.1999	298
Dnro	47/690/99	17.8.1999	392
Dnro	28/690/2000	31.8.1999	189
Dnro	98/690/99	1.11.1999	186
Dnro	3/690/2000	27.3.2000	187
Dnrot	1/690/2000, 9/690/2000	10.4.2000	189
Dnro	13/690/2000	8.5.2001	151
Dnro	174/690/00	17.9.2001	125, 138, 151, 183, 189, 199
Dnro	162/690/01	1.10.2001	391

Markkinaoikeus (MAO)

MAO	20/03	Dnro	170/02/JH	30.1.2002	187
MAO	88/I/02	Dnro	90/02/JH	23.8.2002	159
MAO	143/I/02, 144/I	Dnrot	119/02/JH, 120/02/JH	4.11.2002	183, 187
MAO	25/04	Dnro	212/03/JH	9.2.2004	186, 188
MAO	38/04	Dnro	6/04/JH	27.2.2003	186, 188

MAO	37/03	Dnro	191/02/JH	28.2.2003	187, 188
MAO	14/04	Dnro	137/03/JH	23.1.2004	138
MAO	149/04	Dnro	126/04/JH	27.7.2004	151, 152
MAO	182/03, 183/03	Dnrot	99/03/JH, 103/03/JH	29.9.2003	163, 165
MAO	115/06	Dnro	135/05/JH	8.6.2006	188

Eduskunnan oikeusasiamies

Eoa	15.11.2002	488/4/00	213, 243
Eoa	22.4.2003	843/4/01	213

MUUT

BVerfG, 1 BvR 1054/01 vom 28.3.2006 (saatavilla osoitteessa http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060328_1bvr105401.html) 515
Helsingin käräjäoikeus, osasto 1, välituomio 19.3.1999 nro 5687 (97/20052) 359–360, 407
Helsingin hovioikeus, tuomio 29.9.2000, diaarinumero S 99/380 359–360, 407
Kilpailuviraston päätös Dnro 287/61/03, 18.12.2006, Näkövammaisten Keskusliitto ry 296, 384
Kilpailuviraston ratkaisu Dnro 1061/68/98, 25.7.2000, Palvelukoti Jaatinen Oy 312

Asiahakemisto

aatteellinen yhdistys 55, 56, 61, 66–73, 254, 281, 479, 540
alakohtainen erityissääntely 24, 293, 313
alalle tulon esteet 297, 325, 331, 339, 492, 501
allokatiivinen tehokkuus 326, 327, 329, 337
altruismi 65, 66, 99, 539
Amsterdamin sopimus 33, 35, 86, 421, 422, 475, 525
ansiotarkoitus 282, 311
argumentaatioteoria 115
arvojen etusijajärjestys 103
arvonlisävero kynnysarvoa määriteltäessä 160, 178
arvonlisäverodirektiivi 429
asiakaslähtöisyys 242, 244, 289, 341
asiakasmaksu 139, 151, 239, 240, 334, 455
asiakkaan itsemääräämisoikeus 244, 247
asumisperiaate 222, 223
avoimuusperiaate 37, 132–134, 177, 183, 184, 193, 195, 353, 401, 403, 470, 527, 530
avoin menettely 138, 178, 190, 191, 193, 527, 528
avustustoiminnan strategia 254, 257, 258, 490

bruttoperiaate valtionosuuksissa 269

Common law 29

de lege ferenda -tutkimus 26
de minimis -asetus (valtiotuki) 358, 360, 362, 363, 366, 378, 398, 504, 509
de minimis -kriteeri (sisämarkkina- ja kilpailusäännöt) 129, 181, 381, 383, 492
dekommodifikaatio 202
demokratia 31, 78, 103, 215, 220, 229, 483
demokratiaperiaate (kansanvaltaisuusperiaate) 30, 31, 49, 63, 64, 217, 221
direktiivin horisontaalinen vaikutus 34
direktiivin sanamuodon mukainen tulkinta 123
doktriini voimassa olevasta oikeudesta 29
dynaaminen tehokkuus 321, 327
dynaaminen tulkinta 79, 456

egoistinen tarkoitus 65, 66
elinkeino- ja kilpailupoliittinen tavoite 139, 527
elinkeinon ja ammatin harjoittamisen perusoikeus 277, 279, 281, 316, 464
elinkeinopoliittinen tavoite 147, 184, 285, 379, 399, 495
elinkeinotoiminnan käsitteestä 102, 115, 275, 277–283, 286, 310–315
elinkeinotulo 58, 72, 282, 344, 371
ennakkolupa 308, 413, 415
ennakkoratkaisun pyytäminen 94, 369
ensiapu- ja kriisikeskukset 261, 403
ensisijainen hankintamenettely 149, 178, 181, 182, 187, 191, 192, 194, 401, 495, 526–528, 532
epäsymmetrinen sopimusrakenne 152, 453
erikoissairaanhoito 132, 213, 223, 234, 236, 240, 246, 269, 270
erityisavustus 254, 255
erityisoikeus 171–174, 295, 303, 411, 419–422, 424–426, 433, 440, 446, 449, 458, 516, 517
ETA-vapaakauppasopimus 121, 122
etusijavaikutus 115, 471, 519
EU-kynnysarvo 129, 177, 180–183, 190, 469, 496, 531
Euroopan unionin perusoikeuskirja 85, 93, 117, 207, 208
Euroopan yhteisön tavoite 4, 36, 107, 117, 127, 146, 167, 300, 364

fiskaalinen monopoli 422
fundamental principles 91
fundamental rights 85

the general principles of EC law 91

hallinto-oikeudelliset periaatteet 142
hallintopäätös 184, 256
halvin hinta 187, 392, 508
hankinnasta ilmoittaminen 165, 178, 182, 186, 189, 194, 526

hankinta ilman teollista tai kaupallista luonnetta 153, 155, 299
hankintalain tavoitteet 137, 143, 204
hankintamenettely sosiaali- ja terveyspalveluissa 177–197
hankintasopimuksen yhteiskunnalliset tavoitteet 145–147
hankintasopimus 37, 125, 146, 149–152
hankintayksikkö 158–162
hankintojen pilkkomisen kielto 143
horisontaalinen kartelli 296, 381, 382, 383
horisontaalinen tuki 11, 347, 355, 361
hypoteettinen kilpailu 131, 133, 322, 359, 406, 496
hyvinvointijärjestelmä 6, 13, 202
hyvinvointivaltio 6, 216, 265, 476
hyvän hallinnon periaate 142, 227–229, 254, 371, 539
hyväntekeväisyystarkoituksessa harjoitettu toiminta 282
hyödyke- ja maantieteelliset markkinat 297, 491

ihmisarvo 99, 103, 110, 111, 145, 203, 206, 207, 231, 242–247, 479, 482, 524, 535
ihmisoikeussopimus 30, 76, 84–86, 92–96, 100, 102, 104, 108, 109, 207, 210, 241, 309, 476, 482, 526
implied power -doktriini 36
in house -hankinta (sidosryhmähankinta) 107, 168–170, 226, 460, 483
integraatiotavoite (sisämarkkinatavoite) 76, 127, 134, 293, 294, 314, 405, 449
integriteettiperiaate 242, 243, 515, 535–537
investointiavustus 163, 255, 260, 265, 390, 397–499, 501, 502, 514

julkinen avustuksen enimmäismäärä 376
julkinen hallintotehtävä 226–229
julkinen palvelu 44, 204
julkinen tuki hankinnassa 389–395
julkinen valta 83, 84, 209, 347
julkinen yritys 307, 348, 423
julkisen palvelun tehtävän antamisen edellytyksistä 4, 171, 270, 316, 374, 403, 411, 427–447, 449, 451–512
julkisen palvelun velvoite 411, 431, 454
julkisen palvelun velvoitteen rahoitus 204, 434–437
julkisen tuen määritelmä 348–361
julkisen vallan käyttö 63, 83, 84, 209, 313, 330, 336, 379, 464, 466, 539
julkisoikeudellinen laitos 154–158, 171, 173, 209, 373
julkisoikeudellinen sopimus 224, 225
julkisoikeudellinen yhdistys 48, 51, 52, 71
julkisten varojen käytön tehostaminen 134, 138, 140, 204, 216, 480, 515, 521, 527
julkisuusperiaate 142
justifiointi (ratkaisun perustelu) 31, 30
jälki-ilmoitusvelvoite 182
järjestömalli 69, 301, 302, 411

kannattavuus 10, 15, 18, 41, 66, 258, 259, 260, 265, 397, 490, 539
kansalaisjärjestötoiminta 16, 31, 41, 48, 53
kansalaisuuteen perustuva syrjintä 141, 174, 177, 184, 286, 353, 386, 458, 460, 468, 494, 505, 516
kansalaisyhteiskunta 177, 184, 497
Kansaneläkelaitos 3, 210, 229, 230
kansanterveystyö 213, 219, 220, 223, 234, 269, 478
kauppa- ja teollisuusministeriö 8, 12, 140, 177, 181, 183, 280, 333, 337, 342, 387, 389, 506, 531
kauppakriteeri 297, 356, 380, 381
kaupparekisteri 279, 280, 282
kehitysvammaisten erityishuolto 206, 225, 230, 232, 239, 288
kiireellinen hankinta 192, 197, 529
kiireellinen hoito 206, 213, 222, 223, 235, 525
kilpailumyönteinen tulkinta 78
kilpailun vääristyminen 57, 167, 300, 305, 307, 317, 351, 358, 447
kilpailuneutraliteetti 312, 344
kilpailunvapaus 277, 462
kilpailuoikeus 24, 78, 277, 294, 326, 421
kilpailuolosuhteet 140, 184, 190, 195, 278, 286, 294, 297, 311, 316, 324, 356, 385, 492, 533
kilpailupolitiikka 293, 317, 318, 321, 326, 379
kilpailuttamisvelvoite 15, 125, 159, 160, 171, 179, 337, 458, 503, 526
kilpailuvaikutus 11, 12, 356, 357, 380, 383, 387, 506
koherenssi 25, 26, 82, 89, 90, 489

kohtuullisuus 98, 113
kokeilu- ja kehittämistoiminta 46, 230, 260, 315, 377
kokonaistaloudellinen edullisuus valintakriteerinä 156, 187, 188, 189, 217, 392
kolmas sektori 5, 6, 10, 16, 24, 41, 42
konsistenssi 25, 26
konstitutiiviset normit 24
kotikunta 222, 223
kotipalvelu 12, 230, 231, 260, 265, 333, 339, 340
KP-sopimus 85, 207
kunnallinen itsehallinto 215, 217, 220, 221
kunnallishallinnon arvot ja tavoitteet 215, 217, 225
Kunnalliskomitean mietintö 215, 515
kunnan päätöksenteon autonomia 225, 239
kunnan tehtävä 138, 209, 213, 219, 235, 269, 478
Kuntaliitto 8, 18, 140, 262, 333, 338
kuntayhtymä 7, 87, 125, 153, 168, 169, 177, 209, 213, 220, 223
kuntouttava työtoiminta 230, 233, 270
kuntoutus 46, 187, 223, 230, 231, 232, 234, 235, 240, 245, 249, 260, 266, 342
kuulemisperiaate 142
kvalifioidut lakivaraukset 112, 277
kynnysarvot 125, 129, 134, 145, 160, 161,177, 180–185, 393, 469, 527, 530
käyttöoikeussopimus 105, 128, 132, 134, 150, 180, 468, 530

laillisuusharkinta (oikeusharkinta) 56, 256, 286, 377, 461
lain ratio 32
lainalaisuuden (rule of law) periaate 30, 33
lainsäätäjän tahto 31, 32
lakiperusteinen monopoli 329, 457
lasten päivähoito 230, 231, 288, 340
lastensuojelu 71, 197, 231, 239, 466
lex specialis 99, 233, 534
liberaalinen hyvinvointijärjestelmä 16, 202
lojaliteettiperiaate 124, 419, 530
luonnollinen monopoli 328, 329
luottamuksensuoja (oikeutettujen odotusten suoja) 113, 137, 142, 185, 186, 367–340, 378, 528
luvanvaraisuus 72, 278, 283, 285, 461
läpinäkyvyys 426, 435, 515
lääketieteellisen pätevyyden ylläpitäminen 414
lääkäri- ja pelastushelikopteritoiminta 269, 399, 486

market services 405
markkinakartoitus 465, 533
markkinaoikeus 24, 38, 123, 275, 344, 406
markkinapalvelut (taloudelliset palvelut) 432
markkinarakenne 139, 230
markkinoiden määrittely 139, 140, 293, 316–325
markkinoiden tehokkuus 325–327, 534
markkinoille tulon ja poistumisen esteet 325, 330–331
merkitykselliset (relevantit) markkinat 79, 297, 299, 321–331, 337, 342, 358, 379, 382, 407, 438, 491, 492, 504
monialajärjestö 45
moraaliperiaate 97, 98, 100, 101, 464, 515
määräävän markkina-aseman väärinkäyttö 24, 296, 381, 383, 385, 387, 438–440, 461, 462, 506

neutraali kohtelu verotuksessa 344
neuvottelumenettely 178, 182, 183, 189–194
nimenomaisesti perustettu (julkisoikeudellinen laitos) 153, 155, 156
normatiivinen oikeuslähdeoppi 27, 33
normihierarkia 28
normiohjaus 237, 335, 337, 491
normiriitojen ratkaisustandardit 99
notifikaatiovelvollisuus (ilmoitusvelvollisuus) 356, 361, 367–369, 376, 398, 407, 424, 435, 446, 504, 506
näennäismarkkinat 336, 492
näkövammarekisteri 270

objektiivinen oikeus 221
objektiviteettiperiaate 142, 187
oikeudenmukaisuus 82, 98–100, 116, 203, 206, 218, 242, 294, 320, 326, 480
oikeus välttämättömään toimeentuloon 99, 205
oikeuskulttuuri 23, 80–82, 142
oikeuslähdeoppi 27, 30, 33, 78, 82

oikeuslähteiden etusija 30, 32, 33, 76
oikeusperiaatteet ja niiden käyttö 99, 101, 102, 103, 108, 114, 115, 131, 141, 142, 181, 184, 244, 271, 413, 458, 480
oikeuspositivismi 28, 29, 81, 82
oikeusrealistinen teoria 29
oikeusvarmuuden periaate 25, 79, 82, 137, 367, 446, 497
oleskeluperiaate 222, 223
omaisuudensuoja 51, 85, 87, 278
ongelmakeskeinen lainoppi 27
optimointikäsky 102, 103, 114, 116

pakottava syy 414, 415, 515
palvelu EY-oikeudessa 105, 150, 302, 303–305, 453, 454
palveluhankintasopimuksen määritelmä 149
palvelujen järjestämisvastuu 211–214, 228, 231–235, 268
palvelujen laatu 12, 138, 224, 241, 244, 261, 287, 290, 413, 432
palvelujen liikkuvuus 128, 379
palvelujen suorittaja 169
palvelujen tarjonnan vapaus 37, 105–108, 118, 127, 168, 300, 307, 415, 419, 424, 437, 440, 458, 481–482, 494
palvelujen valvonta 288–291
palvelunhankintadirektiivi 125
palveluseteli 223, 240, 241, 334, 378, 484
pareto-optimaalisuus 103, 114, 321, 326, 462, 523, 536
periaatehakuinen tutkimusmetodi 97
perinteinen oikeuspositivismi 28
perusoikeuden käsite 84
perusoikeuksien rajoitusedellytykset 112, 227
perusoikeuksien suora soveltaminen 87
perusoikeuksien ytimeen ulottuva rajoitus 111, 227, 463, 523
perusoikeusmyönteinen laintulkintametodi 88–90, 94, 96, 101, 102, 477, 523, 534
peruspalveludirektiivi 122, 459
peruspalvelun sisällöllinen määrittely 3, 328, 411, 429
perustuslainmukaisuuden kontrolli 87–88
poikkeuksellisen alhainen tarjous 182, 394, 507, 508
policy statement (valtiontukien) 354
poliittiset perusoikeudet 47, 84
pragmaattiset tavoitteet ja perustelut 100, 101, 116, 389, 419, 464, 484, 512, 515, 521, 523, 526
pre-emption-doktriini 36
primaarinen tavoie hankinnassa 145–147
produktiivinen (tuotanto)tehokkuus 326–327
projektiavustus 225
proseduraaliset normit 24
protektionistinen käyttäytyminen 110, 121, 128, 494, 503, 504
puitejärjestely 143, 152, 192, 528
päihdehuolto 10, 71, 212, 233, 234, 239, 245, 268, 288, 333, 340
pätevyysolettama 94

raha-automaattijärjestelmä 19, 513
Raha-automaattiyhdistys julkisoikeudellisena orgaanina 119, 249–252, 254
rahapelilupa 252
rajoitettu menettely 178, 190, 191, 527, 528
ratkaisunormi 99, 102
regulatiiviset normit 22
rule of reason -kriteeri 504

sairaankuljetus 12, 141, 170, 173, 182, 235, 269, 392
sairausvakuutusjärjestelmä 413
salassapito 156, 197
sekundaarinen tavoite hankinnassa 145–147
selektiivinen (valikoiva) tuki 272, 350, 358, 376, 379, 397, 400, 470, 504, 505, 508
services of general economic interest 432
sijoittautumisvapaus 105–107, 127, 129, 139, 300, 307, 418, 467, 481, 483, 493, 496, 512, 518, 522, 531
soft law -ohjaus 35, 77, 239, 258, 321, 381
solidaarisuus 5, 100, 116, 242, 345, 355, 418, 455, 456, 512
sopivuustesti (suitability test) 113, 519
sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelu 125, 218, 231, 236, 262, 370, 478, 485, 514
sosiaali- ja terveysministeriö 10, 12, 83, 125, 235, 242, 250–252, 257–258, 260–261, 291, 277, 388, 398, 500, 501
sosiaali- ja terveyspalvelujen rahoitus 3, 11, 152, 236–240, 267, 479, 489, 501, 514
sosiaalidemokraattinen järjestelmä 202–203, 295

Sosiaalihuollon periaatekomitea 218, 261–262, 485
sosiaalioikeus 23, 24, 91, 97, 100, 101, 116, 142, 201, 238, 294, 526, 534
sosiaalipoliittinen palvelujärjestelmä 222, 251, 286, 290
sosiaalipoliittinen sisältö (toiminnan) 308–310
sosiaaliset perusoikeudet 96, 205–208, 413, 521, 525, 534–535
sosiaaliturvajärjestelmän määrittelyä koskevat rajoitteet 83, 201–203, 304, 307, 413–417, 471, 481, 484, 490, 493, 496, 512–513, 519, 536
staattinen pareto-optimi 321
staattinen tehokkuus 318, 320, 491, 321
standardoidut toimeentuloturvaetuudet 206
subjektiivinen oikeus 211–212, 231–235, 236, 268, 487
subsidiariteettiperiaate 35, 36, 111
suhteellisuusperiaatteen sisältö 112, 114, 134, 465, 522
suora hankinta 182–184, 194–197, 528, 529, 532–538
suppea tulkinta 79, 133, 142, 169, 190, 313, 427
synergiahyöty 392
syöpärekisteri 270
sähköinen palvelutuotanto 493

takaisinperintä, raha-automaattiavustuksen 371, 373, 378, 500, 501
takaisinperintä, valtion tuen 367–370, 394, 447, 507
taloudellinen kilpailu 317, 319
taloudellinen tasapaino (sosiaaliturvajärjestelmän) 413
taloudellinen toiminta 51, 57, 60, 66, 68
taloudellinen yhdistys 51, 57, 68
taloudellisuus 186, 188, 425
tarjouksen arviointiperuste 24, 296, 298, 381, 382, 504
tarjouskartelli 298
tarjousmenettelystä poissulkeminen 133, 187
tarjouspyyntö 134, 139, 150, 164, 165, 178, 183–193, 462, 526, 528, 531
tarkoituksenmukaisuusharkinnan käyttö 55, 63, 140, 143, 214, 227, 256, 257, 286, 288, 373, 488, 506, 522, 536
tarkoituksenmukaisuusperiaate 114, 115, 187, 415, 458, 461
tarveperustaiset etuudet 210
tasapainottaminen (periaatteiden) 114, 115
tavaranhankintadirektiivi 22, 158
tavoiteperiaate 98, 100, 101, 103, 515
tavoiterationaalinen argumentaatio 32
tekniset eritelmät 178, 185, 531
teleologinen tulkintaperinne 76, 78,
teollinen tai kaupallinen luonne 158, 299, 305
terveyden ja sosiaalisen hyvinvoinnin edistäminen 71, 251, 371, 375
Terveydenhuollon oikeusturvakeskus 291
todistustaakka (näyttövelvollisuus) 79, 172, 190, 192, 196
toimialakohtainen sääntely 285
toimialakohtainen tuki 355
toiminta-avustus 160, 254–255, 261, 378, 388, 399
toimiva kilpailu 139, 142, 297, 317–321, 326
toimivat markkinat 316, 339, 491
toissijaiset palveluhankintasopimukset 125, 149, 178–187, 189–194, 526–528, 531
toissijaisuusperiaate 35
totaalinen koherenssi 25
TSS-oikeudet 84, 102, 205, 207, 210
tukijärjestelmä 358, 366, 376, 386, 424, 435, 506, 514
tulkintavaikutus 34, 35, 77, 90, 102, 124, 210
tulosohjaus ja tulossopimus 251, 258
tutkimus- ja kehittämispalveluja koskeva hankinta 165–168, 502–503
työsopimus 404, 468
täysi korvaus 268

universaaliperiaate 430, 455, 465, 525

valintakriteeri 188
valtiolliset perusratkaisut 477
valtionavustus 22, 256, 257, 275, 370–375, 379, 383, 384, 393, 505, 506
valtionosuus 7, 45, 125, 216–218, 237–239, 263, 263, 266, 269, 487, 489, 508
Valtiontalouden tarkastusvirasto 253, 264, 269, 488
valtioon läheisessä suhteessa oleva yritys 127, 303, 307, 316, 423, 438, 446

valtiosääntöperinne 49, 86, 92, 93, 108, 208, 278, 476
valvonta (palvelun tuottamisen) 241–242, 285–291
vammaispalvelut 211, 212, 233, 234, 235, 239
vastavuoroisen tunnustaminen 37, 286, 414, 460
verohelpotus 344, 349, 350
vertailuperusteet 188, 189
vertikaalinen kilpailunrajoitus 24, 382, 383
vieteriukko-ilmiö 33, 82, 535
virallinen lehti 156, 337
viranomaistoimintaan kuuluvat toiminnot 107, 210, 312
viranomaisvastuu 229, 406, 451, 479, 480
viranomaisyksikkö 168, 171, 298, 312, 398, 453, 466
virtuaalinen palvelu 131
voimassa oleva oikeus 29
voiton tuottaminen (tavoittelu) 5, 270, 279
voucher 151, 336
vuokrasopimus 67, 163–165, 498–500
vähäinen taloudellinen intressi 133
vähäiset kilpailua ja markkinoiden toimintaa vääristävät vaikutukset 22, 255, 275, 295, 386–388, 402, 505, 507
vähämerkityksellinen rajoitus 382
välillinen demokratia 220
välillinen julkishallinto 169, 374
välitön oikeusvaikutus 34
välitön sovellettavuus 34
välttämättömyysperiaate 114, 286, 442, 458, 465, 523, 536
välttämättömyystesti 422, 437, 442, 443, 458, 461, 465, 517

yhdistyksen oikeuskelpoisuus 48, 55–57
yhdistyksen tarkoitus 50–52, 56, 62, 66,
yhdistymisvapaus 19, 47–49, 62, 64, 75, 85, 92, 475
yhdistysautonomia 53, 61–64, 271, 451, 539
yhdistysoikeus 24
yhteiskunnan määrätehtävät 430
yksinoikeuden (erityisoikeuden) myöntäminen 425, 433, 440, 441, 459, 465
yksinoikeus, määritelmä 172, 173, 324, 424–426
yksityishyödyke 334
yksityisoikeudellinen sopimus 151
yleinen etu 106–109, 153–158, 169, 173, 256, 278, 285, 286, 313, 328, 354, 416, 432, 462, 535
yleisavustus 155, 254, 255
yleiset opit 25, 82
yleishyödyllinen 66, 154, 254, 259, 281, 426, 429
yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvät palvelut 204, 428, 430, 454, 456, 465
yleistä taloudellista etua koskevat palvelut 428, 433, 525
ympäristönäkökohdat 143, 146

Tutkimuksessa tarkastellaan sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellista asemaa hyvinvointipalvelujen toteuttamisessa. Vaikka erityisenä tarkastelunäkökulmana on ollut äskettäin uudistettu julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö, järjestöjen asemaa on jouduttu arvioimaan myös muun yleisen lainsäädännön perusteella. Tutkimusmetodi on johdettu perusoikeusmyönteisestä laintulkintatavasta, millä on pyritty ratkaisemaan myös Euroopan yhteisön oikeuden ja kansallisen oikeuden välisiä hankalia jännitteitä.

Tutkimuksessa on selvitetty, millä tavoin yhteisön oikeus ja yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytäntö rajoittavat kansallista sosiaaliturvajärjestelmää koskevaa päätöksentekoa ja millaisin ehdoin ne antavat sille tilaa. Samalla on tarkasteltu sitä, millä tavoin hyvinvointipalvelujen järjestämistä koskevat yhteisön oikeuden periaatteet sisältyvät jo kansalliseen lainsäädäntöön.

Tutkimuksen kohteena olevien yleishyödyllisten ja aatteellisten järjestöjen historiallinen erityisasema on perustunut niiden sosiaalipoliittiseen tarkoitukseen. Vastausta on haettu myös siihen, millainen merkitys toiminnan tarkoituksella on järjestöjen tulevaisuuden tehtäväroolin kannalta. Järjestöjen erityisasemaa on arvioitu erityisesti hankintasääntöjen kannalta. Sisämarkkina- ja kilpailusääntöjen kannalta vähiten ongelmia aiheuttaa ns. vastikkeeton kansalaisjärjestötoiminta. Tutkimuksen käytännön johtopäätöksenä on, että sosiaali- ja terveyspalvelumarkkinoiden kehittyessä on entistä pienemmät mahdollisuudet sille, että julkisin avustuksin rahoitetuille järjestöille voitaisiin varata yrityksiin nähden erityisasema palvelujen tuottajana.

Tutkimuksessa arvioidaan kriittisesti myös sitä, miten hankintalaki toteuttaa sosiaali- ja terveyspalveluhankintoihin liittyviä yleisiä tavoitteita ja miten sääntöjen laadinnassa on otettu huomioon sosiaalilainsäädännön perusteisiin sisältyvä terveydenhuollon potilaan tai asiakkaan integriteetin turvaamisen vaatimus. Lisäksi pohditaan, olisiko oikeudellisia perusteita sille, että sosiaali- ja terveyspalvelujen kilpailuttaminen varattaisiin vain voittoa tavoittelemattomille yhteisöille.

LAKIMIESKUNNAN OMA KAATUKUSTANTAJA VUODESTA 1934

sly@lakimies.org
www.lakimies.org

ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-271-3

9 789518 552713