

SELVITYS SIDOSYKSIKÖSÄÄNTELYSTÄ - SIDOSYKSIKÖHANKINTOJA KOSKEVAT OIKEUDELLISET REUNA-EHDOT

1. Lausuntopyyntö ja asian taustaa

Julkishallinnon palvelukumppanit – Kustos ry (jäljempänä Kustos ry) on pyytänyt allekirjoittaneilta oikeudellista selvitystä koskien sidosyksikköhankintoja. Allekirjoittaneelta on pyydetty perusteltua oikeudellista kannanottoa sidosyksikköhankintojen osalta siihen, mitä EU-direktiivi ei salli rajoitettavan ja mikä puolestaan on maakohtaisesti sovittavaa/tiukennettavaa.

Kustos ry on in house -yhtiöiden (ICT, talous- ja henkilöstöhallinto, laboratoriopalvelut, ruokahuolto, pesulapalvelut ym.) vaikuttamisviestintää tekevä yhdistys. Yhdistyksen toiminta rahoitetaan yhdistyksen jäsenten maksamilla jäsenmaksuilla. Kustos ry on in house -yhtiöiden yhteinen vaikuttamisverkosto, jonka tavoitteena on turvata niiden liiketoimintamahdollisuudet myös tulevaisuudessa.¹

Asiassa on kyse sidosyksikkösääntelystä ja siihen mahdollisesti tehtävistä muutoksista tulevalla hallituskaudella.

Nykyisessä hankintalaissa ei säännellä sitä, millaista omistusta edellytetään, jotta kyseessä voisi olla sidosyksikkö. Asia on noussut esille hallitusohjelmaneuvoittelujen yhteydessä. Elinkeinoelämän järjestöjen yhteiset inhouse-yhtiöitä koskevat tavoitteet² ovat seuraavat:

- 1) Inhouse-yhtiön minimiomistus tulisi olla 10 15 tai jopa 20%.**
- 2) Kunnan tulisi aina ensin tavoitella hankkivansa tarvitsemansa palvelut markkinoilta ja vain siinä tapauksessa sidosyksiköltä, että markkinoilta ei palvelua löydy.**

¹ Näin todetaan Kustos ry:n kotisivuilla. Ks. <https://kustos.fi/>.

² Ks. <https://kauppakamari.fi/wp-content/uploads/2023/02/Elinkeinoelaman-hallitusohjelmatavoitteet-2023.pdf>

Kustos ry:n arvion mukaan em. ehdotetut lainmuutokset vaarantaisivat nykyisten sidosyksiköiden toiminnan jatkamisen. Kuntaliitto ry on esittänyt samanlaisen arvion.

Kustos ry on pyytänyt allekirjoittanutta laatimaan selvityksen siitä, mitä EU-direktiivi ei salli rajoitettavan ja mikä puolestaan on maakohtaisesti sovittavaa/tiukennettavaa. Lisäksi on pyydetty ottamaan kantaa siihen, mikä merkitys asiassa on kunnallisella itsehallinnolla.

2. Tarkasteltavat kysymykset

Kyse on ensinnäkin siitä, mitä EU-direktiivit ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö sanovat sidosyksikköhankinnoista, eli milloin ne ovat sallittuja ja milloin kiellettyjä. Kyse on tältä osin EU-oikeudellisista reunaehdoista, joilla sidosyksikköhankintoja voidaan tehdä.

Toiseksi kyse on siitä, milloin ja miten kansallinen lainsäätäjät voi muuttaa voimassa olevaa sidosyksikkösääntelyä. Kyse on tältä osin kansallisen lainsäätäjän liikkumavarasta EU-oikeudellisessa ja kuntien itsehallintoon liittyvässä kontekstissa. Kuntien itsehallinto on suojattu perustuslain 121 §:ssä.

3. Relevanttien oikeuskysymysten alustavaa tarkastelua

Tämän selvityksen oikeudellisiin arvioihin vaikuttaa olennaisesti se, millainen on sopijapuolten oikeudellinen asema ja keskinäinen sidossuhde palveluhankintasopimusten osapuolina. Tavallisissa yksityisoikeudellisissa hankinnoissa ja sopimuksissa perustilanne on suhteellisen yksinkertainen: osapuolina ovat myyjät ja ostajat, joita pidetään oikeudellisesti yhdenvertaisina. Julkisissa hankinnoissa³, joissa osapuolina on julkisyhteisöjä tai sellaisia yhteisöjä, joihin julkisyhteisöillä on määräysvaltaa perusasetelma voi olla toinen. Ostajina ja myyjinä voi olla viranomaishankintayksikkö ja myös julkinen yritys, johon viimeksi mainittuun julkinen viranomainen käyttää määräysvaltaa esimerkiksi omistamiensa osakkeiden perusteella. Juuri hankintayksikköjen ja sopijapuolten keskinäinen "valtasuhde" ja määräysvalta ovat keskeisiä seikkoja, kun arvioidaan sitä, voidaanko tietty hankinta tehdä sidosyksikköhankintana ja jos ei, niin löytyykö muita perusteita ja edellytyksiä suoraan hankintasopimukselle.

³ Ks. kirjallisuuden osalta esimerkiksi Kuoppamäki, Uusi kilpailuoikeus (2018) s. 421 ss; Kuoppamäki, Yritysoikeus (2020) s. 1435 ss.; Pekkala – Pohjonen – Huikko - Ukkola, Hankintojen kilpailuttaminen (2019); Sáncnez Graells, Albert, Public Procurement and the EU Competition Rules (2011); Arrowsmith, Law of Public and Utilities Procurement (2015); Trepte, Public Procurement in the EU – A practitioner’s Guide (2007); Steinicke/Vesterdorf, Brussels Commentary, EU Public Procurement Law (2018).

Omana työnä tehdyt hankinnat jäävät hankintalainsäädännön ulkopuolelle. Sen sijaan tulkinnanvaraisempaa on ollut se, millä edellytyksillä ns. *sidosyksiköltä* tehtyjä hankintoja ei tarvitse kilpailuttaa. Sidosyksiköt sijoittuvat omana työnä tekemisen ja ulkopuoliselta ostamisen välimaastoon. Hankintayksikön ja hyödykkeen tuottajan välillä vallitsee kiinteä suhde, mutta hankintayksikkö ei yksinään kontrolloi palvelun tai tavaran toimittajaa ja/tai toimittaja työskentelee myös muille tahoille kuin kyseiselle hankintayksikölle. *Hankintayksikön ei tarvitse kilpailuttaa hankintojaan hankintalain mukaisesti, mikäli hankinta tehdään hankintayksikön laissa tarkoitettulta sidosyksiköltä.*

Sidosyksikköhankinnalla tarkoitetaan hankintasopimusta, joka tehdään viranomaisen tosiasiallisessa määräysvallassa olevalta yhteisöltä. Sidosyksikköhankinta rinnastuu siinä mielessä viranomaisen omaan tuotantoon, että sidosyksikkösuhteessa viranomainen käyttää sidosyksikköön määräysvaltaa samalla tavalla, kuin omaan organisaatioonsakin. Viranomaisten määräysvallassa olevien yhteisöjen kanssa voidaan siis tehdä hankintasopimuksia ilman, että hankinnasta tarvitsisi järjestää tarjouskilpailu, vaikka hankintasopimuksen tunnusmerkit täytyisivätkin.

Hankinnan toteuttaminen sidosyksikköhankintana edellyttää säädöksissä määrättyjen kriteerien täyttymistä. Nämä kriteerit koskevat sekä hankintayksikköä, että sitä yhteisöä (sidosyksikkö), jonka kanssa hankintasopimus on ilman tarjouskilpailua tarkoitus tehdä, sekä lisäksi ja erityisesti niiden keskinäistä suhdetta.

Sidosyksikköä koskevan sääntelyn taustalla on laaja EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö, josta yleisesti voidaan todeta, että johtuen vaihtelevista olosuhteista ja tapausten erilaisista yksityiskohdista myös EU-tuomioistuimen päätöksiä on vaikea suoraan verrata keskenään.

Asiassa on otettava huomioon myös EU:n perussopimus eli sopimus Euroopan yhteisöjen toiminnasta (SEUT) ja sen artikloista ilmenevät oikeusperiaatteet, kuten tarjoajien yhdenvertainen, tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu, avoimuusperiaate ja suhteellisuusperiaate. Alempien oikeusnormien soveltaminen pitää olla sopuoinnussa näiden periaatteiden kanssa. Nuo periaatteet ja EU:n perussopimus ovat sovellettavaa oikeutta silloinkin, kun viranomaistoiminta jää erityisistä syistä hankintalakien soveltamisalan ulkopuolelle. Julkiset hankinnat jäävät yleisen hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle esimerkiksi silloin, kun kansalliset kynnyksarvot alittuvat tai kyseessä on hankinta sidosyksiköltä tai sidosyritykseltä eli ns. inhouse-hankinta.

EU:n perussopimuksen oikeusperiaatteet ilmenevät muun ohella EU:n hankintadirektiiveissä euv87(2014/24/EU ja 2014/25/EU) sekä ns. käyttöoikeusdirektiivissä (2014/23/EU). Nämä säädökset on kansallisella tasolla pantu täytäntöön lailla julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016, jäljempänä hankintalaki) ja lailla vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalveluiden alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016, jäljempänä erityisalojen hankintalaki).

Julkisista hankinnoista annetun lain tavoitteista on säädetty niiden 2 §:ssä. Tavoitteena on mm. tehostaa julkisten varojen käyttöä, sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuoliset mahdollisuudet tarjota palveluja julkisissa hankinnoissa. Hankintayksiköiden on pyrittävä mm. siihen, että hankintoja voidaan toteuttaa mahdollisimman taloudellisesti ja laadukkaasti olemassa olevat kilpailuolosuhteet hyväksi käyttäen. Hankinnat on toteutettava tarkoituksenmukaisina kokonaisuuksina. Hankinnat on pyrittävä järjestämään siten, että pienet ja keskisuuret yritykset ja muut yhteisöt pääsevät tasapuolisesti muiden tarjoajien kanssa osallistumaan tarjouskilpailuihin. Myös kansalliset kynnyksarvot alittavissa hankinnoissa on pyrittävä huomioimaan hankinnan kokoon ja laajuuteen nähden riittävä avoimuus ja syrjimättömyys.

Sidosyksikkösäännöksiä täsmennettiin vuoden 2016 lainmuutoksessa perustuen vuoden 2014 erityisalojen hankintadirektiiveihin. Vuoden 2014 hankintadirektiivien tarkoitus oli pitkälti saattaa sidosyksikkö säännökset vastaamaan EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä tapahtunutta kehitystä. Uusiinkin sidosyksikkösääntöksiin on kuitenkin jäänyt tulkinnanvaraisuutta, mikä voi käytännössä monimutkaistaa niiden soveltamista ja soveltamisvarmuutta.⁴ Sidosyksikköjä koskevia EU-tuomioistuimen tulkintaratkaisuja on saatu aivan viime aikoinakin.

4. Sidosyksikkösääntelyn lähempää tarkastelua

4.1 Yleisen hankintalain 15 §

Sidosyksiköllä tarkoitetaan julkisista hankinnoista annetun lain (1397/2016) 15 §:n mukaan hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Lisäksi edellytyksenä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa. Julkisista hankinnoista annetun lain 15 § kuuluu kokonaisuudessaan seuraavasti:

⁴ Näin esim. Eskola, Kiviniemi, Krakau ja Ruohoniemi: *Julkiset Hankinnat* (2017) s. 116; Rautiainen, *Keskeiset poikkeukset julkisesta kilpailuttamisveloitteesta energiahuollon alalla*, *Defensor Legis* 2/2018 s. 226.

15 § Hankinnat hankintayksikön sidosyksiköltä

Tätä lakia ei sovelleta hankintaan, jonka hankintayksikkö tekee sidosyksiköltään. Sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Lisäksi edellytyksenä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa ja että yksikkö harjoittaa enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. Sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa.

Edellä 1 momentissa mainittua prosenttiosuutta määritettäessä perusteena on käytettävä sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden keskimääräistä kokonaisliikevaihtoa tai muuta vastaavaa toimintaan perustuvaa määrää.

Edellä 1 momentissa tarkoitettu prosenttiosuus on 10 ja 500 000 euron rajoitusta ei sovelleta, kun hankintayksikön määräysvallassa olevan yksikön liiketoimintaa vastaavaa markkinaehtoista toimintaa ei ole. Markkinaehtoista toimintaa ei katsota olevan, jos hankintayksikkö on julkaissut sen määräysvallassa olevan yksikön muille kuin määräysvaltaa käyttäville hankintayksiköille suunnitellusta myynnistä 58 §:n 3 momentissa tarkoitettun avoimuusilmoituksen, eikä hankintayksikkö saa ilmoituksessa määritellyssä määräajassa vastauksia yksikön liiketoimintaa vastaavasta markkinaehtoisesta toiminnasta. Vastausten tekemistä koskevan määräajan on oltava vähintään 14 vuorokautta avoimuusilmoituksen julkaisemisesta. Tässä momentissa tarkoitettua prosenttiosuutta sovelletaan edellytysten täytyessä avoimuusilmoituksen kohteena olevaan yksikköön kolme vuotta avoimuusilmoituksessa asetetun vastausmääräajan päättymisestä.

Edellä 1 momentissa tarkoitettua liikevaihtoa koskevaa prosentuaalista rajoitusta ei sovelleta silloin, kun muiden kuin määräysvaltaa yksikköön käyttävien hankintayksiköiden kanssa harjoitetun liiketoiminnan arvo on sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden ajalta keskimäärin alle 100 000 euroa vuodessa.

Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategiisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

Tätä lakia ei sovelleta tilanteisiin, joissa sidosyksikkö, joka on hankintayksikkö, tekee hankinnan siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä tai saman hankintayksikön määräysvallassa olevalta toiselta sidosyksiköltä.

Ulosmyynnin osalta pääsääntöisesti edellytetään, että yksikkö harjoittaa enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. Sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa. Edellä mainittua prosenttiosuutta määritettäessä perusteena on käytettävä sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden keskimääräistä kokonaisliikevaihtoa tai muuta vastaavaa toimintaan perustuvaa määrää. Jos asianomaisen sidosyksikön tai hankintayksikön perustamisajankohdan tai toiminnan aloittamisen ajankohdan tai toiminnan uudelleenjärjestämisen vuoksi liikevaihtoa tai vaihtoehtoista toimintaan perustuvaa määrää kuten kustannuksia ei ole joko saatavilla kolmelta edeltävältä vuodelta tai niillä ei ole enää merkitystä, riittää, että toiminnan mittaus

osoitetaan esittämällä tietoja tulevasta liiketoiminnasta.

Poikkeukset toiminnan kohdistumisen vaatimukseen. Sidosyksikön toimintaa koskevalle rajoitukselle on säädetty hankintalaissa kaksi poikkeusta. Ensinnäkin prosenttiosuus on 10, ja 500 000 euron rajoitusta ei sovelleta, kun hankintayksikön määräysvallassa olevan yksikön liiketoimintaa vastaavaa markkinaehtoista toimintaa ei ole.⁵ Toisen poikkeuksen mukaan liikevaihtoa koskevaa 5 %:n rajoitusta ei sovelleta silloin, kun muiden kuin määräysvaltaa yksikköön käyttävien hankintayksiköiden kanssa harjoitetun liiketoiminnan arvo on sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden ajalta keskimäärin alle 100 000 euroa vuodessa.

Myös *yhteishankintayksikkö*⁶ voi olla 15 §:ssä tarkoitettu sidosyksikkö. Hankintayksiköiden on mahdollista tehdä sidosyksiköltä hankintoja ilman kilpailuttamista, jos sidosyksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. Jotta lainsäädäntö olisi neutraali näiden erilaisten järjestelyjen suhteen ja jotta tulkintaongelmia ei syntyisi, myös yhteishankintayksiköiden toiminnan edellytetään kohdistuvan sen omistajiin. Tarkoituksena ei kuitenkaan ole ollut ulottaa sidosyksiköitä koskevia unionin oikeuden tulkintoja esimerkiksi määräysvallasta sellaisenaan yhteishankintayksikön määritelmään.

Usean omistajan sidosyksikkö. Jos useampi kuin yksi hankintayksikkö käyttää määräysvaltaa sidosyksikköön, on laissa asetettu vaatimus yhteisestä määräysvallasta. Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat

⁵ Markkinaehtoista toimintaa ei katsota olevan, jos hankintayksikkö on julkaissut sen määräysvallassa olevan yksikön muille kuin määräysvaltaa käyttäville hankintayksiköille suunnitellusta myynnistä ns. avoimuusilmoituksen, eikä hankintayksikkö saa ilmoituksessa määritellyssä määräajassa vastauksia yksikön liiketoimintaa vastaavasta markkinaehtoisesta toiminnasta. Vastausten tekemistä koskevan määräajan on oltava vähintään 14 vuorokautta avoimuusilmoituksen julkaisemisesta. Tätä 10 prosentin rajoitusta sovelletaan edellytysten täyttyessä avoimuusilmoituksen kohteena olevaan yksikköön kolme vuotta avoimuusilmoituksessa asetetun vastausmääräajan päättymisestä.

⁶ Yhteishankintayksikön tulee toimia ja sen tulisi olla perustettu toimimaan yhteishankintayksikkönä tai sen tehtäviksi tulisi olla nimenomaisesti säädetty tai määrätty yhteishankintojen tekeminen. Koska yhteishankintayksiköltä hankkiminen mahdollistaa lain kilpailuttamisvelvoitteesta poikkeamisen, yhteishankintayksikön aseman tulee perustua nimenomaiseen tahdonilmaisuun kuten perustamista koskevaan säädökseen tai päätökseen. Toiminnan tulee lisäksi olla pysyvää, joten satunnaisia yhteishankintoja tekevää yksikköä ei voitaisi katsoa säännösehdotuksen tarkoittamaksi yhteishankintayksiköksi. Säännöksellä ei ole ollut tarkoitus puuttua toimeksiantoina tehtäviin yhteis- ja muihin hankintoihin, jotka olisivat edelleen mahdollisia. Yhteishankintayksikkö voisi käytännössä olla esimerkiksi yhden tai useamman kunnan tai kuntayhtymän perustama yksikkö, jolloin perustamisessa noudatetaan kuntalain menettelytapoja. Lain tarkoittama kuntien tai kuntayhtymien yhteishankintayksikkönä voisi käytännössä toimia myös esimerkiksi Suomen Kuntaliiton perustama yhteisö. Yksikön toimiala tulisi määritellä kunnallisen päätöksenteon yhteydessä sekä yksikön toimintaa koskevassa ohjesäännössä t tai vastaavassa asiakirjassa. Yhtiömuotoisten yhteishankintayksiköiden toimialaa koskeva määräys on luontevaa tehdä myös kaupparekisteriin. Yhteishankintayksikkö voisi olla myös yhdistys, jolloin sen perustaminen tapahtuisi yhdistyslain mukaisesti ja yksikön toimialasta määrään esimerkiksi yhdistyksen säännöissä. Ks. HE 108/2016 vp s. 80.

kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

Nykyisen hankintalain myötä sidosyksikkösääntely on laajentunut kattamaan *käänteiset sidosyksikköhankinnat* sekä *saman hankintayksikön omistamien sidosyksikköjen keskinäiset hankinnat*. Käänteisessä sidosyksikkösuhteessa sidosyksikön tunnusmerkit täyttävä yksikkö (mikäli se on itse myös hankintayksikkö) voi itse tehdä hankintoja kilpailuttamatta siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä. Tällainen tilanne on kyseessä esimerkiksi, kun sidosyksikköasemassa oleva yhtiö, joka on myös hankintayksikkö, tekee hankintasopimuksen kunnan kanssa esimerkiksi taloushallinnon palveluista. Lisäksi kaksi saman hankintayksikön määräysvallassa olevaa sidosyksikköä voivat tehdä toisiltaan kilpailuttamatta hankintoja (ns. in house sisters – järjestely). Kyseeseen tulee esimerkiksi samaan konserniin kuuluvien sidosyksikköjen keskinäiset hankinnat, edellyttäen, että sidosyksiköillä on sama omistaja.

Sidosyksikköhankinnan edellytykset yleisen hankintalain osalta voidaan tiivistää seuraavasti:

- viranomaishankintayksikkö tekee hankinnan hankintayksiköstä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksiköltä,
- hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa,
- sidosyksikkö harjoittaa enintään 5 prosentin osuuden liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on,
- sidosyksikössä ei saa olla yksityistä pääomaa.

Edellä lueteltujen sidosyksikön edellytysten on täytyttävä samaan aikaan, jotta kyse on julkisista hankinnoista annetun lain 15 §:ssä tarkoitettusta sidosyksiköstä. Pykälässä tarkoitettu sidosyksikkö voi olla esimerkiksi valtion tai kunnan omistama osakeyhtiö.

5. Nykyisten sidosyksikkösäännösten muuttamista koskevat oikeudelliset reunaehdot

Mikäli edellä kuvattua sääntelyä muutettaisiin, kyse olisi ilmeisesti yleisen hankintalain 15 §:n muuttamisesta. Tarkasteltaessa oikeudellisesti kansallista liikkumavaraa muuttaa hankintalain 15 §:ää on kiinnitettävä huomiota yhtäältä yleisen (2014/24/EU) ja erityisen (2014/24/EU) hankintadirektiivin sidosyksikköjä koskeviin säännöksiin, jotka ovat tulleet implementoiduiksi

vuoden 2016 yleiseen ja erityiseen hankintalakiin, sekä toisaalta EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, joka koskee sekä hankintadirektiivien tulkintaa että primäärioikeuden tulkintaa relevanteilta osin.

5.1 Yleisen hankintadirektiivin merkitys asiassa

Yleisen hankintalain 15 §:n taustalla on EU:n yleinen hankintadirektiivi. Yleisen hankintadirektiivin (2014/24/EU)⁷ 12 artiklassa säädetään sidosyksiköistä seuraavasti:

” 12 artikla Yksiköiden väliset hankintasopimukset julkisella sektorilla

1. Hankintasopimus, jonka hankintaviranomainen tekee yksityisoikeudellisen tai julkisoikeudellisen oikeushenkilön kanssa, jää tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

a) hankintaviranomainen käyttää kyseisessä oikeushenkilössä samanlaista määräysvaltaa kuin omissa yksiköissään;

b) yli 80 prosenttia kyseisen määräysvallassa olevan oikeushenkilön toiminnoista suoritetaan niiden tehtävien täyttämiseksi, jotka se on vastaanottanut määräysvaltaa käyttävältä hankintaviranomaiselta tai muilta kyseisen hankintaviranomaisen määräysvallan alaisilta oikeushenkilöiltä; ja

c) määräysvallan alaisessa oikeushenkilössä ei ole suoria yksityisiä pääomaosuuksia lukuun ottamatta perussopimuksen mukaisia kansallisissa säännöksissä vaadittuja yksityisen pääomaosuuden muotoja ilman määräysvaltaa ja ilman suojaamista, jotka eivät vaikuta ratkaisevasti määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksiin.

Hankintaviranomaisen katsotaan käyttävän oikeushenkilössä samanlaista määräysvaltaa kuin omissa yksiköissään ensimmäisen alakohdan a alakohdassa tarkoitettulla tavalla, jos se käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa määräysvallan alaisen oikeushenkilön strategiisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Tällaista määräysvaltaa voi käyttää myös toinen oikeushenkilö, joka on samalla tavoin hankintaviranomaisen määräysvallassa.

2. Edellä olevaa 1 kohtaa sovelletaan myös silloin, kun määräysvallan alainen oikeushenkilö, joka on hankintaviranomainen, tekee sopimuksen tätä määräysvaltaa käyttävän hankintaviranomaisen kanssa tai saman hankintaviranomaisen määräysvallan alaisen toisen oikeushenkilön kanssa edellyttäen, että oikeushenkilössä, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, ei ole suoria yksityisiä pääomaosuuksia lukuun ottamatta perussopimusten mukaisia kansallisissa säännöksissä vaadittuja yksityisen pääomaosuuden muotoja ilman määräysvaltaa ja ilman suojaamista, jotka eivät vaikuta ratkaisevasti määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksiin.

⁷ EUROOPAN PARLAMENTIN JA NEUVOSTON DIREKTIIVI 2014/25/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta EUVL 28.3.2014, L 94/243.

3. Hankintaviranomainen, joka ei käytä yksityisoikeudellisessa tai julkisoikeudellisessa oikeushenkilössä 1 kohdassa tarkoitettua määräysvaltaa, voi kuitenkin tehdä hankintasopimuksen kyseisen oikeushenkilön kanssa tätä direktiiviä soveltamatta, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

- a) hankintaviranomainen käyttää yhdessä muiden hankintaviranomaisten kanssa kyseisessä oikeushenkilössä samanlaista määräysvaltaa kuin omissa yksiköissään;
- b) yli 80 prosenttia kyseisen oikeushenkilön toiminnoista suoritetaan niiden tehtävien täyttämiseksi, jotka se on vastaanottanut määräysvaltaa käyttäviltä hankintaviranomaisilta tai muilta samojen hankintaviranomaisten määräysvallan alaisilta oikeushenkilöiltä; ja
- c) määräysvallan alaisessa oikeushenkilössä ei ole suoria yksityisiä pääomaosuuksia lukuun ottamatta perussopimuksen mukaisia kansallisissa säännöksissä vaadittuja yksityisen pääomaosuuden muotoja ilman määräysvaltaa ja ilman suojaamista, jotka eivät vaikuta ratkaisevasti määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksiin.

Sovellettaessa ensimmäisen alakohdan a alakohdan hankintaviranomaisten katsotaan käyttävän yhteistä määräysvaltaa oikeushenkilössä, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

- i) määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksentekuelimet koostuvat kaikkien määräysvallan käyttöön osallistuvien hankintaviranomaisten edustajista. Yksittäiset edustajat voivat edustaa useita tai kaikkia osallistuvia hankintaviranomaisia;
- ii) kyseiset hankintaviranomaiset voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa määräysvallan alaisen oikeushenkilön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin; ja
- iii) määräysvallan alainen oikeushenkilö ei aja sellaisia etuja, jotka poikkeaisivat määräysvaltaa käyttävien hankintaviranomaisten eduista.

4. Yksinomaan kahden tai useamman hankintaviranomaisen välillä tehty sopimus jää tämän direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

- a) sopimuksella käynnistetään tai toteutetaan siihen osallistuvien hankintaviranomaisten välinen yhteistyö tavoitteena varmistaa, että julkiset palvelut, jotka niiden on suoritettava, tarjotaan niiden yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi;
- b) kyseisen yhteistyön toteuttamista ohjaavat ainoastaan yleiseen etuun liittyvät näkökohdat; ja
- c) osallistuvat hankintaviranomaiset harjoittavat avoimilla markkinoilla alle 20:tä prosenttia yhteistyön piiriin kuuluvista toiminnoistaan.

5. Edellä 1 kohdan ensimmäisen alakohdan b alakohdassa, 3 kohdan ensimmäisen

alakohdan b alakohdassa ja 4 kohdan c alakohdassa tarkoitettujen toimintojen prosenttiosuutta määriteltäessä on otettava huomioon sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden keskimääräinen kokonaisliikevaihto tai jokin asianmukainen vaihtoehtoinen toimintaan perustuva määrä, kuten asianomaiselle oikeushenkilölle tai hankintaviranomaiselle aiheutuneet kustannukset palvelujen, tavaroiden ja rakennusurakoiden osalta.

Jos asianomaisen oikeushenkilön tai hankintaviranomaisen perustamisajankohdan tai toiminnan aloittamisen ajankohdan tai toiminnan uudelleenjärjestämisen vuoksi liikevaihtoa tai vaihtoehtoista toimintaan perustuvaa määrää, kuten kustannuksia, ei ole joko saatavilla kolmelta edeltävältä vuodelta tai niillä ei ole enää merkitystä, riittää, että toiminnan mittaus osoitetaan todennäköiseksi erityisesti esittämällä tietoja tulevasta liiketoiminnasta.”

Tulkittaessa mainittua direktiivin artiklaa, johtoa saadaan direktiivin perustelukappaleista. Nyt käsiteltävänä olevassa asiayhteydessä on syytä kiinnittää huomiota direktiivin 2014/24 johdanto-osan 1, 2, 5, 7, 31 ja 32 perustelukappaleessa, joissa todetaan seuraavaa:

”(1)(2) Jäsenvaltioiden viranomaisten tehdessä hankintasopimuksia tai tehtäessä tällaisia sopimuksia niiden puolesta on noudatettava Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) periaatteita ja erityisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaatetta, sijoittautumisvapauden periaatetta ja palvelujen tarjoamisen vapauden periaatetta sekä niistä johtuvia periaatteita, kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjimättömyyden, vastavuoroisen tunnustamisen, suhteellisuuden ja avoimuuden periaatteita. Tietyn arvon ylittäviä hankintasopimuksia varten olisi kuitenkin laadittava säännöt, joilla sovitetaan yhteen kansallisia hankintamenettelyjä sen varmistamiseksi, että näitä periaatteita noudatetaan käytännössä ja että julkiset hankinnat avataan kilpailulle.

Julkisilla hankinnoilla on olennainen merkitys 3 päivänä maaliskuuta 2010 annetussa komission tiedonannossa ’Eurooppa 2020, Älykkään, kestävän ja osallistavan kasvun strategia’ vahvistetussa Eurooppa 2020 -strategiassa – – yhtenä markkinapohjaisista ohjauskeinoista, joiden avulla voidaan saada aikaan älykästä, kestävää ja osallistavaa kasvua ja varmistaa samalla julkisten varojen mahdollisimman tehokas käyttö. Sen vuoksi olisi tarkistettava ja nykyaikaistettava julkisia hankintoja koskevia sääntöjä, jotka on annettu [vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta 31.3.2004] Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2004/17/EY [(EUVL 2004, L 134, s. 1)] sekä [direktiivin 2004/18] nojalla, jotta voidaan tehostaa julkisten varojen käyttöä, helpottaa erityisesti pienten ja keskisuurten yritysten, jäljempänä ’pk-yritykset’, osallistumista julkisiin hankintoihin ja antaa hankkijoille paremmat edellytykset hyödyntää julkisia hankintoja yhteisten yhteiskunnallisten tavoitteiden tueksi. Lisäksi on tarpeen selventää peruslähtökohtia ja -käsitteitä, jotta voidaan taata oikeusvarmuus ja sisällyttää lainsäädäntöön tiettyjä näkökohtia, jotka liittyvät asiaa koskevaan Euroopan unionin tuomioistuimen vakiintuneeseen oikeuskäytäntöön.

(5) Olisi muistettava, että tässä direktiivissä ei millään tavalla veloiteta jäsenvaltioita turvautumaan alihankintaan tai ulkoistamiseen sellaisten palvelujen suorittamisessa, jotka ne haluavat suorittaa itse tai järjestää muulla tavalla kuin tässä direktiivissä tarkoitetuilla hankintasopimuksilla. Lakiin, asetukseen tai työ sopimukseen perustuvien

palvelujen suorittamisen ei olisi kuuluttava tämän direktiivin soveltamisalaan. --

(7) Lopuksi olisi muistettava, että tämä direktiivi ei vaikuta kansallisten, alue- tai paikallisviranomaisten vapautteen määrittelyä unionin oikeuden mukaisesti yleistä taloudellista etua koskevat palvelut, niiden soveltamisala ja tarjottavan palvelun luonne, mukaan lukien palvelun laatua koskevat ehdot, yhteiskuntapolitiikkaa koskevien tavoitteidensa saavuttamiseksi. Tämä direktiivi ei myöskään saisi vaikuttaa kansallisten, alue- ja paikallisviranomaisten valtuuksiin tarjota, tilata ja rahoittaa yleistä taloudellista etua koskevia palveluja SEUT 14 artiklan sekä SEUT:iin ja [EU-sopimukseen] liitetyn yleistä etua koskevista palveluista tehdyn pöytäkirjan N:o 26 mukaisesti. Lisäksi tämä direktiivi ei koske yleistä taloudellista etua koskevien palvelujen rahoitusta eikä järjestelmiä, joilla jäsenvaltiot myöntävät tukea erityisesti sosiaalialalla [Euroopan] unionin kilpailusääntöjen mukaisesti.

31) Siitä, kuinka pitkälle julkisella sektorilla tehtyjä yksiköiden välisiä sopimuksia olisi säänneltävä julkisia hankintoja koskevilla säännöillä, vallitsee huomattava oikeudellinen epävarmuus. Asiaa koskevaa [unionin tuomioistuimen] oikeuskäytäntöä on tulkittu eri tavoin eri jäsenvaltioissa ja jopa eri hankintaviranomaisten keskuudessa. Sen vuoksi olisi selvennettävä, milloin julkisella sektorilla tehtyihin hankintasopimuksiin ei sovelleta julkisia hankintoja koskevia sääntöjä.

Tällaisen selventämisen olisi perustuttava asiaa koskevassa [unionin tuomioistuimen] oikeuskäytännössä esitettyihin periaatteisiin. Pelkästään se, että molemmat sopimuspuolet ovat itse viranomaisia, ei sinänsä sulje pois hankintasääntöjen soveltamista. Hankintasääntöjen soveltaminen ei saisi kuitenkaan vaikuttaa viranomaisten vapautteen suorittaa niille annetut julkiseen palveluun liittyvät tehtävät käyttäen omia voimavarojaan, mihin kuuluu mahdollisuus tehdä yhteistyötä muiden viranomaisten kanssa.

Olisi varmistettava, että soveltamisalan ulkopuolelle jätetty julkisen sektorin sisäinen yhteistyö ei aiheuta kilpailun vääristymistä yksityisiin talouden toimijoihin nähden, jos yksityinen palvelujentarjoaja on kilpailijoitaan edullisemmassa asemassa.

(32) Määräysvallan alaisten oikeushenkilöiden kanssa tehtyihin hankintasopimuksiin ei olisi sovellettava tässä direktiivissä säädettyjä menettelyjä, jos hankintaviranomainen käyttää kyseisessä oikeushenkilössä määräysvaltaa, joka on samanlainen kuin sen omilla yksiköissään käyttämä määräysvalta, edellyttäen, että määräysvallan alainen oikeushenkilö suorittaa yli 80 prosenttia toiminnoistaan niiden tehtävien toteuttamisessa, jotka määräysvaltaa käyttävä hankintaviranomainen tai jokin muu kyseisen hankintaviranomaisen määräysvallan alainen oikeushenkilö on sille antanut, riippumatta siitä, kenen hyväksi hankintasopimus toteutetaan.

4 Kyseisen direktiivin 1 artiklan, jonka otsikko on ”Kohde ja soveltamisala”, 4 kohdassa säädetään

seuraavaa:

”Tämä direktiivi ei vaikuta jäsenvaltioiden vapautteen määrittelyä unionin lainsäädännön mukaisesti, mitä palveluja ne pitävät yleistä taloudellista etua koskevinä palveluina, miten nämä palvelut olisi järjestettävä ja rahoitettava valtioneuvoston mukaisesti ja mitä erityisiä velvoitteita niihin olisi sovellettava. Tämä direktiivi ei myöskään vaikuta viranomaisten päätökseen siitä, haluavatko ne itse hoitaa SEUT 14 artiklan ja pöytäkirjan N:o 26 mukaiset julkisen palvelun tehtävänsä sekä miten ja missä määrin ne sen tekevät.”

Edellä mainitun perusteella direktiivissä annetaan jäsenvaltiolle pelivaraa järjestää sidosyksikköasioita eri tavoin, mutta samalla on muistettava, ettei kyse ole rajoittamattomasta pelivarasta. Huomioon on otettava huomioon esimerkiksi EU:n velvoittava primäärioikeus ja muu sekundäärilainsäädäntö.

5.2 Sidosyksikkösuhdetta koskevien EU-direktiivin säännösten vertailua Suomen kansalliseen lainsäädäntöön

Suomessa EU:n vuoden 2014 hankintadirektiivit on implementoitu sikäli direktiiviä rajoitetummin, että julkisista hankinnoista annetun lain 15 §:ssä sidosyksikön ulosmyyntirajaa on asetettu merkittävästi direktiivin sallimaa 20 %:n rajaa alemmaksi.

Yleisen hankintalain mukaan sidosyksikkö harjoittaa enintään 5 prosentin verran liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. Sen sijaan erityisalojen hankintalain mukaan ulosmyyntiraja on direktiivin sallima maksimimäärä eli 20 prosenttia.

Direktiivien implementointia valmistelleen virkamiesvetoisen työryhmän mietinnön mukaan hankintalakia ei sovellettaisi hankintayksikön hankintoihin sen sidosyksiköltä. Mietinnössä esitettiin, että sidosyksikkö voisi harjoittaa liiketoimintaansa eli myydä palvelujaan omistajakentän ulkopuolelle 10 prosentin osuudella. Lausuntopyyntöissä tiedusteltiin erikseen lausunnonantajien näkemyksiä ulosmyynnin tasosta. Hankintayksiköistä kysymykseen vastanneista lähes kaikki katsoivat, että sidosyksiköltä sallitun ulosmyynnin osuuden tulisi olla hankintadirektiivin mukainen 20 prosenttia sidosyksikön liikevaihdosta. Sen sijaan elinkeinoelämän lausunnonantajista puolestaan lähes kaikki katsoivat, että sidosyksiköltä sallitun ulosmyynnin osuuden tulisi olla vain tilapäistä ja erittäin vähäistä siten, että prosenttiosuus olisi täysin tai lähes 0 prosenttia. Samat erot hankintayksiköiden ja elinkeinoelämän edustajien kannoissa olivat esillä myös lausuntojen kommentteissa julkisyhteisöjen yhteistyötä koskevaan soveltamisalapoikkeukseen. Lainvalmistelussa päädyttiin lopulta ”muun muassa saatujen lausuntojen perusteella” asettaa sidosyksikön ulosmyynnin rajaksi myöhemmin eduskunnassa hyväksytyyn lakiin kirjatut enintään 5 prosenttia tai enintään 500 000 euroa.⁸ Mainittuja raja-arvoja perusteltiin muun ohella kilpailuneutraliteetilla ja sillä, että direktiivi tarjoaa mahdollisuuden tehdä erilaisia kansallisia ratkaisua, koska EU:n hankintadirektiiveissä kyse ei ole täysharmonisoinnista:

⁸ HE 108/2016 vp s. 63-64.

”Edelleen edellytyksenä olisi, että sidosyksikkö harjoittaa ainoastaan vähäisessä määrin liiketoimintaansa muiden kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden palveleminen. Hankintadirektiivissä määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuvan liikevaihdon sallittu prosentuaalinen osuus on asetettu 80 prosenttiin, mutta kansallisesti sidosyksikön erittäin vähäistä suuremman muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuvan myynnin on katsottu olevan ongelmallista hankintalainsäädännön ja kilpailuoikeuden kilpailun vääristämisen estämistä koskevien tavoitteiden näkökulmasta. Sidosyksiköt voisivat vähäistä suuremman tällaisen myynnin kautta vääristää kilpailua markkinoilla muiden toimittajien kanssa hyödyntämällä edullisia hankintasopimuksia. Suurikokoisen sidosyksikön liiketoiminnasta muutamankin prosentin sallittu muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuva myynti voi tarkoittaa käytännössä sitä, että yksiköllä voisi olla miljoonien eurojen liiketoimintaa muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa. Tämän vuoksi ehdotetun 1 momentin mukaan sidosyksikkö saisi harjoittaa liiketoiminnastaan enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa. Molempien edellytysten olisi täytyttävä. Näin ollen myös viittä prosenttia pienempi muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuvan myynnin osuus estäisi sidosyksikköaseman syntymisen, mikäli myynnin euromääräinen osuus on yli 500 000 euroa. Kansallisessa laissa voidaan ottaa käyttöön hankintadirektiiviin nähden matalampi prosenttiosuus eli laajempi kilpailuttamisvelvoite, sillä hankintadirektiivit eivät ole tältä osin täysharmonisoivia. Jäsenvaltioissa voidaan siis ulottaa hankintayksikön kilpailuttamisvelvoite sidosyksiköltä tehtyihin hankintoihin.”⁹

Lisäksi todettiin muun ohella, että sidosyksikkösääntely oli hankintadirektiivitasolla uusi. Sidosyksikköhankinnoista oli aiemmin säädetty hankintalain 10 §:ssä, jonka säännöksiä ehdotettu lainkohta vastaisi pääperiaateiltaan. Hallituksen esityksessä arvioitiin vielä, että uudessa 15 §:ssä tarkoitettut sidosyksikköä koskevat edellytykset vastaisivat myös pääosin unionin tuomioistuimen ratkaisukäytäntöä liiketoiminnan kohdistumista lukuun ottamatta.¹⁰

Lain valmisteluasiakirjoista välittyy kuva, että sidosyksikön ulosmyyntirajoja koskeva keskustelu on ollut varsin poliittista. Virkamiestyöryhmä esitti alun perin yleiseen hankintalakiin 10 prosentin ulosmyyntirajaa, mutta alensi sen lopulta 5 prosenttiin. Erityisalojen hankintalain osalta päädyttiin ilman sen suurempaa keskustelua 20 %:n ulosmyyntirajaan. Yleistä hankintalakia soveltavat pääosin viranomaiset ja muut julkishallinnon organit, kun taas erityisalojen hankintalain piiriin kuuluu enemmän myös yrityksiä. Varsinaista tutkimuksellista aineistoa eri sääntelyvaihtoehtojen todellisista tai oletetuista vaikutuksista hankintayksiköiden kustannuksiin tai kilpailuun markkinoilla hallituksen esitys ei sisällä. Myös eduskunnassa odotetusti kannatusta oli sekä alhaisilla että korkeammilla

⁹ HE 108/2016 vp s. 101.

¹⁰ HE 108/2016 vp s. 102.

ulosmyyntirajoilla.¹¹

5.3 Jäsenvaltion mahdollisuus poiketa EU-direktiivien sidosyksikkösäätelystä

EU-direktiivissä kyse voi olla täysharmonisoinnista tai osaharmonisoinnista. Mikäli kyse on täysharmonisoinnista, kansallinen liikkumavara on yleensä varsin rajallinen. Ääriesimerkkinä voidaan mainita vaikkapa kesäaikadirektiivi.¹² Kesäaika alkaa ja päättyy kaikissa EU-maissa samaan aikaan, vaikka kansallisesti voisikin olla erilaisia tarpeita vaikkapa Suomessa ja Espanjassa. Tällaisessa sääntelyssä kansallinen liikkumavara on olematon. Direktiivi on implementoitava kansallisesti käytännössä lähes sellaisenaan. Yleisemmin direktiiveillä asetetaan tietty vähimmäistaso, joka kansallisesti on täytettävä. Direktiiveissä voidaan myös sallia vaihtoehtoisia ratkaisumalleja.

Hankintadirektiiveistä ilmenee, ettei kyse ole täysharmonisoinnista. Kansallisessa implementaatiossa on ollut pelivaraa esimerkiksi sidosyksiköiden ulosmyyntirajojen osalta. Vuoden 2014 hankintadirektiiveillä sallittiin ulosmyynti 20 %:n rajaan asti. Suomessakin oltaisiin EU-oikeuden estämättä voitu säätää 20 %:n ulosmyyntirajasta. Sen sijaan poliittisessa harkinnassa päätettiin alentaa aiempaa 10 prosentin rajaa 5 prosenttiin.

On kuitenkin eri asia tehdä rajauksia direktiivin systematiikan mukaisesti ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella kuin lähteä kokonaan ”uusille urille”, ilman että sille saadaan tukea direktiiveistä ja EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä. EU-oikeus muodostaa varsin monimutkaisen primääri- ja sekundäärilainsäädännön muodostaman kokonaisuuden, jossa yhden normin tai normikokonaisuuden osalta tehty kansallinen mukautus vaikuttaa haitallisesti toisen normin tai normikokonaisuuden alueella. Tällöin syntyy riski siitä, että tehty kansallinen poikkeussäätely todetaan myöhemmin syystä tai toisesta EU-oikeuden vastaiseksi joko kyseistä direktiiviä tulkiten, muusta sekundäärilainsäädännöstä johtuen tai EU:n primäärioikeuden perusteella.

On myös otettava huomioon se EU-oikeuden erityispiirre, että esimerkiksi hankintadirektiiveillä kodifioidaan usein EU-tuomioistuimen ratkaisuja. Tämän vuoksi huomiota on kiinnitettävä direktiivien tekstien ohella myös EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön sekä direktiiviä edeltäviltä

¹¹ Ks. esim. talousvaliokunnan mietintö TaVM 31/2016 vp.

¹² Ks. <https://valtioneuvosto.fi/hanke?tunnus=LVM068:00/2001>

osin että myös niiden jälkeen annettujen ratkaisujen osalta.

6. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön merkityksestä tässä asiassa

Sidosyksikön käsite on luotu unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä erityisesti tuomioilla asioissa C-107/98, *Teckal*; C-26/03, *Stadt Halle*; C-371/05, *komissio vs. Italia*; C-340/04, *Carbotermo*; C-295/05, *Tragsa*; C-324/07, *Coditel* ja C-573/07, *SEA*.

Seuraavassa käsitellään keskeistä sidosyksikköä koskevaa oikeuskäytäntöä. Ensin käsitellään EU-tuomioistuimen varhaisempaa oikeuskäytäntöä, jonka periaatteita tietyin mukautuksin kodifioitiin vuoden 2014 hankintadirektiiveihin.

Tämän jälkeen käsitellään eräitä kotimaisia prejudikaatteja.

Lopuksi tarkastellaan EU-tuomioistuimen uusinta oikeuskäytäntöä, jossa on uusia relevantteja avauksia nyt käsiteltävinä olevien oikeuskysymysten kannalta.

6.1 Sidosyksikön määritelmän kehittyminen EU-tuomioistuimen varhaisemmassa oikeuskäytännössä

EU-tuomioistuimen *Teckal*-tuomion¹³ mukaan hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvat rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset, jonka alueellinen tai paikallinen viranomaisen aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa, riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen. Hankintayksikkö voi tehdä hankintoja oman organisaation ulkopuolelta ilman kilpailuttamista ainoastaan sellaisissa tilanteissa, joissa viranomaisen valvoo kyseistä sidosyksikköä samalla tavalla kuin se valvoo omia yksikköjään. Lisäksi edellytetään, että sidosyksikkö harjoittaa pääasiallista toimintaa sen omistavien hankintayksiköiden kanssa. Arvioitaessa hankintayksikön ja sidosyksikön välistä suhdetta ratkaiseva merkitys on annettava yksiköiden oikeudelliselle erillisyydelle sekä päätöksenteon itsenäisyydelle. Jos hankinnat tehdään muodollisesti erilliseltä yksiköltä, sidossuhdetta on arvioitava hankintayksikön määräys- ja valvontavallan laajuuden sekä sidosyksikön toiminnan kohdistumisen kannalta. Edellytysten täytyminen on arvioitava tapauskohtaisesti.¹⁴ Varsinaista tutkimuksellista aineistoa

¹³ C-107/98, Kok. 1999, s. I-8121.

¹⁴ Sidosyksikkösääntöä on sovellettu ja tulkittu asian C-107/98, *Teckal*muun muassa seuraavissa unionin tuomioistuimen ratkaisuisissa: C-26/03, *Stadt Halle*; C-371/05, *komissio vs. Italia*; C-340/04, *Carbotermo*; C-295/05, *Tragsa*; C-324/07,

Teckal-ratkaisusta lähtien oikeuskäytännössä on katsottu vakiintuneesti, että hankintaviranomainen, kuten alue- tai paikallistason julkisyhteisö, on vapautettu velvollisuudesta aloittaa julkista hankintasopimusta koskeva tekomenettely silloin, kun sillä on sopimuspuoleksi valittuun yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä ja kun tämä yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan hankintaviranomaisen tai omistavien hankintaviranomaisten kanssa.¹⁵

EU-tuomioistuimen ratkaisussa *Stadt Halle* (asia C-26/03) otettiin kantaa yksityisen omistuksen merkitykseen. Tuomion mukaan *yksityisen yrityksen osakkuus* – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa hankintaviranomainen on mukana, *sulkee pois* sen, että kyseinen hankintaviranomainen voisi valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan. EU-tuomioistuin perustelee tätä sillä, että hankintaviranomaisen ja sen omien toimipaikkojen välistä suhdetta sääntelevät yleisen edun tavoitteiden saavuttamiselle ominaiset seikat ja vaatimukset. Sitä vastoin yksityisen pääoman sijoittaminen yritykseen on yksityisille eduille ominaisten vaikuttimien mukaista ja sillä pyritään luonteeltaan erilaisiin tavoitteisiin. Tuomion mukaan yksityisen yrityksen osakkuus merkitsee siten sitä, että hankintayksikkö ei voi harjoittaa yksikköön vastaavaa valvontavaltaa kuin omiin toimipaikkoihinsa.

EU-tuomioistuin on täsmentänyt, että määräysvaltaa ja toiminnan kohdistumista koskevia edellytyksiä on tulkittava *suppeasti*, koska kyse on yhteisön yleisistä oikeussäännöistä tehtävistä poikkeuksista. Joka niihin haluaa vedota, joutuu näyttämään toteen, että sellaiset poikkeukselliset olosuhteet, joiden johdosta poikkeus mainituista säännöistä on perusteltu, ovat todella olemassa.¹⁶

Toisaalta julkinen viranomainen voi suorittaa yleisen edun mukaisia tehtäviään omilla voimavaroillaan tarvitsematta turvautua sellaisten ulkoisten yksiköiden apuun, jotka eivät kuulu sen omiin yksiköihin, ja että se voi suorittaa näitä tehtäviä myös *yhdessä muiden viranomaisten* kanssa.¹⁷ Julkisia hankintoja koskevaa unionin oikeutta ei ole sovellettava, mikäli hankintaviranomaisella on sopimuspuoleksi valittuun yksikköön vastaava määräysvalta kuin sillä on

Coditel ja C-573/07, SEA.

¹⁵Ks. esim. em. asia *Teckal*, tuomion 50 kohta.

¹⁶ Euroopan unionin tuomioistuimen tuomio 13.10.2005, *Parking Brixen GmbH vastaan Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG*, asia C-458/03, 62–63 kohdat.

¹⁷ Ks. asia C-480/06, komissio v. Saksa, tuomio 9.6.2009, Kok., s. I-4747, 45 kohta). Samoin on huomattava, kuten todetaan julkisia hankintoja ja käyttöoikeutta koskevan yhteisön oikeuden soveltamisesta julkisen ja yksityisen sektorin rakenteellisiin kumppanuuksiin annetun komission selittävän tiedonannon (EUVL 2008, C 91, s. 4) 1 kohdassa, että julkisyhteisö voi valita, harjoittaako se taloudellista toimintaa itse vai antaako se sen tehtäväksi kolmannelle osapuolelle, esimerkiksi julkisen ja yksityisen sektorin kumppanuuden yhteydessä perustetulle sekaomistusyksikölle.

omiin yksikköihinsä ja jos mainittu yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavan viranomaisen kanssa.¹⁸

Ratkaisussa *Econord* EU-tuomioistuin linjasi sidosyksikön määritelmän täyttymistä viranomaisyhteistyön osalta seuraavasti:

“26 On korostettava myös, että oikeuskäytännön mukaisesti kysymys siitä, onko kyseessä palvelukonsessio vai julkisia palveluhankintoja koskeva sopimus ja, tässä viimeksi mainitussa tapauksessa, saavuttaako sopimuksen arvo unionin oikeussäännöissä vahvistetun kynnyksen, ei vaikuta vastaukseen, joka unionin tuomioistuimen on annettava esitettyyn ennakkoratkaisukysymykseen, koska unionin oikeussääntöjen soveltamista koskevaa poikkeusta, jota sovelletaan, kun ”vastaavan määräysvallan” käyttämisen edellytykset täyttyvät, voidaan soveltaa kaikissa näissä tilanteissa.¹⁹

27 Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kyse on ”vastaavasta määräysvallasta”, kun kyseessä olevaan yksikköön käytetään sellaista määräysvaltaa, että hankintaviranomainen voi vaikuttaa sen päätöksiin. Kyseessä on oltava mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yksikön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin.²⁰

28 Oikeuskäytännön mukaan on niin, että jos käytetään usean viranomaisen yhdessä omistamaa yksikköä, nämä viranomaiset voivat yhdessä käyttää ”vastaavaa määräysvaltaa” ilman, että on välttämätöntä, että jokainen niistä käyttää tätä määräysvaltaa yksin.²¹

29 Tästä seuraa, että jos viranomainen tulee vähemmistöosakkaaksi julkisyhteisöjen omistuksessa täysin olevaan osakeyhtiöön voidakseen antaa tietyn julkisen palvelun hoitamisen kyseisen yhtiön tehtäväksi, tämän yhtiön osakkaina olevien viranomaisten määräysvalta yhtiöön voidaan luokitella sitä määräysvaltaa vastaavaksi, joka niillä on omiin yksikköihinsä, kun näillä viranomaisilla on tämä määräysvalta yhdessä.²²

30 Vaikka silloin kun useat viranomaiset antavat julkisen palvelun yhteisen tehtävän yhteisen yksikön hoidettavaksi ei tosin ole välttämätöntä, että jokainen näistä viranomaisista yksin käyttää tähän yksikköön erillistä määräysvaltaa, on näin ollen kuitenkin niin, ettei määräysvalta tähän yksikköön voi perustua vain sille viranomaiselle, joka omistaa enemmistöosuuden kyseessä olevasta yksiköstä, kuuluvaan määräysvalttaan, sillä muuten yhteisen määräysvallan käsite tehdään tyhjäksi.

31 Jos hankintaviranomaisella olisi yhteisomistuksessa olevassa sopimuspuoleksi valitussa yksikössä asema, joka ei takaisi sille vähäisintäkään mahdollisuutta osallistua tähän yksikköön kohdistuvan määräysvallan käyttämiseen, avautuisi nimittäin mahdollisuus julkisia hankintasopimuksia tai palvelukonsessioita koskevien unionin oikeussääntöjen kiertämiseen, jos puhtaasti muodollinen osallistuminen tällaiseen yksikköön tai sen johtamisesta vastaavaan

¹⁸ Ks. asia Teckal, tuomion 50 kohta. Yksityisen yrityksen osakkuus, jopa vähemmistöosakkuus, sellaisessa yhtiössä, jossa myös hankintaviranomainen on osakkaana, sulkee kuitenkin pois sen, että hankintaviranomaisella voisi olla kyseisessä yrityksessä vastaava määräysvalta kuin sillä on omiin yksikköihinsä (ks. mm. asia C-573/07, Sea, tuomio 10.9.2009, Kok., s. I-8127, 46 kohta ja asia C-196/08, Acoset, tuomio 15.10.2009, Kok., s. I-9913, 53 kohta).

¹⁹ Ks. vastaavasti asia C-573/07, Sea, tuomio 10.9.2009, Kok., s. I-8127, 31–40 kohta)

²⁰ Ks. Parking Brixen, tuomion 65 kohta; em. asia Coditel Brabant, tuomion 28 kohta ja em. asia Sea, tuomion 65 kohta). Toisin sanoen hankintaviranomaisella on oltava mahdollisuus käyttää tähän yksikköön rakenteellista ja toiminnallista määräysvaltaa (em. asia komissio v. Italia, tuomion 26 kohta). Oikeuskäytännössä edellytetään myös, että tämä määräysvalta on todellista (em. asia Coditel Brabant, tuomion 46 kohta).

²¹ Ks. vastaavasti em. asia Coditel Brabant, tuomion 47 ja 50 kohta ja em. asia Sea, tuomion 59 kohta.

²² Näin myös em. asia Sea, tuomion 63 kohta.

yhteiselimeen vapauttaisi hankintaviranomaisen velvollisuudesta aloittaa tarjouspyyntömenettely unionin oikeussääntöjen mukaisesti, vaikka tämä viimeksi mainittu ei millään tavoin osallistuisi tähän yksikköön kohdistuvan ”vastaavan määräysvallan” käyttämiseen.²³

- 32 Tästä seuraa, että pääasioissa ennakkoratkaisua pyytäneen tuomioistuimen tehtäviin kuuluu tarkistaa, onko Comune di Cagnon ja Comune di Solbiaten tekemä osakassopimus, jossa niille myönnetään oikeus tulla kuulluiksi, nimittää jäsen valvontaelimeen ja nimittää hallituksen jäsen osakassopimukseen osallistuvien muiden julkisyhteisöjen suostumuksella, omiaan mahdollistamaan näille kunnille tosiasiallisen osallistumisen ASPEM:ään kohdistuvaan määräysvaltaan.
- 33 Edellä esitetyt toteamukset huomioon ottaen esitettyyn kysymykseen on vastattava, että kun useat viranomaiset perustavat hankintaviranomaisen ominaisuudessaan yhdessä yksikön, jonka tehtäväksi annetaan näille viranomaisille kuuluva julkisen palvelun tehtävä, tai kun viranomainen liittyy tällaiseen yksikköön, unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetettu edellytys, jonka mukaan näiden viranomaisten, jotta ne vapautetaan velvollisuudestaan aloittaa unionin oikeussääntöjen mukainen julkisia hankintasopimuksia koskeva tekomenettely, on yhdessä käytettävä tähän yksikköön vastaavaa määräysvaltaa kuin ne käyttävät omiin yksikköihinsä, täyttyy, kun jokainen näistä viranomaisista omistaa osan kyseisestä yksiköstä ja osallistuu sen johtaviin elimiin.”

Edellä mainitut EU-tuomioistuimen ratkaisut kodifioitiin vuoden 2014 hankintadirektiiveihin. Sidosyksiköjä koskevat säännökset otettiin yleisen hankintadirektiivin 12 artiklaan ja erityisalojen hankintadirektiivin 25 artiklaan.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön perusteella Arrowsmith on kiinnittänyt huomiota siihen, että kun kyseessä on useita hankintayksiköjä, määräysvallan kriteerit täyttyvät usein kohtuullisen selkeästi. Mikäli määräysvallan alaisen oikeushenkilön sellaiset päätöksentekuelimet, jotka tekevät sopimukset, koostuvat hankintaviranomaisten edustajista, tämä indikoi, että määräysvaltatesti täyttyy. Tällöin on epäolennaista, vaaditaanko yksittäisiin päätöksiin enemmistö.

“Where the decision-making bodies of the entity awarded the contract are composed of representatives of the affiliated contracting authorities this indicates that the control test is met – and it is irrelevant that voting on individual decisions is by majority.”²⁴

Arrowsmith on myös katsonut, että vuoden 2014 yleisessä hankintadirektiivissä nimenomaisesti vaaditaan, että päätöksentekuelimet koostuvat kaikkien määräysvallan käyttöön osallistuvien hankintaviranomaisten edustajista. Tämä indikoi, että viranomaisen täytyy olla edustettuna elimessä, jotta Teckal-doktriini tulee sovellettavaksi. Joka tapauksessa direktiivin mukaan yksittäiset edustajat voivat edustaa useita tai jopa kaikkia osallistuvia hankintaviranomaisia. Tämä voi mahdollistaa

²³ Ks. myös asia [C-231/03, Coname, tuomio 21.7.2005, Kok., s. I-7287](#), 24 kohta)

²⁴ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volume 1, Sweet & Maxwell 2014, s. 505.

joustavampia päätöksentekoprosesseja, joka ei edellytä kaikilta osallistuvilta tahoilta suoraa osallistumista päätöksentekoon.

“It can be noted that the 2014 Public Procurement Directive specifically requires that the decision-making body should represent all participating contracting authorities, thus indicating that an awardee always needs to be represented in that body for the Teckal doctrine to apply. However, it also states that an individual representative can represent several, or even all, of the participating bodies (Art. 12(3) of the 2014 Public Procurement Directive), thus specifically contemplating the possibility that flexible decision-making procedures, that do not involve actual direct participating indecision making by all participants in the awardee, might give rise to control on the facts.”²⁵

Arrowsmithin kannan mukaan yksittäisen viranomaisen ei tarvitse kyetä yksin tehokkaasti myötävaikuttamaan sidosyksikön toimintaan, mutta sen täytyy kyetä siihen yhdessä muiden viranomaisten kanssa. Tämä periaate pohjautuu EU-tuomioistuimen Econord-ratkaisuun.

“This does not mean that each individual authority must be able to make an effective contribution alone, but that it must be able to do so in conjunction with other authorities. It is submitted that these are the principles to be derived from the case of Econord. [...] The CJEU stated that control for Teckal purposes cannot be based solely on the controlling power of the majority shareholding but that the awarding companies must be able to ‘contribute effectively’ to the control (which was for the referring court to determine on the facts).”²⁶

Tämän selvityksen laatija yhtyy Arrowsmithin kantaan, jonka mukaan yhden osakkaan omistusosuutta tärkeämpää on arvioida kontrollikriteerin täyttymistä joko yksin tai yhdessä muiden kanssa toimien.

6.2 Eräitä kotimaisia kontrollikriteerin täyttymistä koskevia ratkaisuja

Kotimaisessa oikeuskäytännössä huomiota ovat saaneet kontrollikriteerin täyttymistä koskevat oikeustapaukset.

Kotimaisen ratkaisukäytännön osalta voidaan nostaa esille seuraavat markkinaoikeuden lainvoimaiset ratkaisut.

Ratkaisussa MAO:522/16 kyse oli tekstiilihuoltopalvelujen hankinnasta. Hankintayksikkönä oli peruspalvelukuntayhtymä ja palvelun toimittajana usean hankintayksikön omistuksessa ollut osakeyhtiö. Peruspalvelukuntayhtymä omisti toimittajan osakepääomasta 0,1 prosenttia, mutta sillä ei ollut edustajaa toimittajan päätöksentekoeelimityksessä. Markkinaoikeus katsoi, että mahdollinen tuleva hankintayksikön edustus toimittajan hallituksessa ei vastannut vaatimusta hankintayksikön määräysvallasta, varsinkaan kun asiassa ei ollut näytetty, että

²⁵ Arrowsmith (2014) s. 505.

²⁶ Arrowsmith (2014) s. 506.

hankintayksiköllä olisi yhdessä muiden omistajien kanssa ollut ratkaiseva vaikutusvalta toimittajaan. Markkinaoikeuden mukaan kyseessä ei ollut sidosyksikköhankinta.

Ratkaisussa MAO:559/15 otettiin kantaa kahden kuntaomisteisen osakeyhtiön väliseen hankintasopimukseen. Markkinaoikeus totesi, että osapuolina olevat yhtiöt saattoivat olla osittain tai kokonaan samojen kuntien määräysvallassa. Asiassa ei kuitenkaan ollut esitetty selvitystä eikä edes väitetty, että tilaajana ollut yhtiö olisi valvonut toimittajayhtiötä kuin omia toimipaikkojaan. Kyseessä ei ollut sidosyksikköhankinta.

Ratkaisussa MAO:119/09 kyseessä oli jätehuoltopalvelusopimus. Palvelun toimittajana oli osakeyhtiö, jonka osakkeista 99,6 prosenttia oli 12 kunnan tai kaupungin omistuksessa. Loppuosa osakkeista oli yksityisessä omistuksessa. Markkinaoikeus katsoi, että kyseessä ei ollut sidosyksikköhankinta, koska toimittaja oli osittain yksityisomistuksessa ja pääosa yhtiön liiketoiminnasta muodostui muusta toiminnasta kuin toiminnasta sen omistavien kuntien kanssa.

Edellä on jo todettu, että sidosyksikön tulee olla sataprosenttisesti hankintayksikön tai hankintayksiköiden yhdessä omistama.

Markkinaoikeus on ratkaisussaan MAO:146/17 ottanut kantaa *kuntayhtymän sisällä* toimivaan sidosyksikkökäsitteeseen.²⁷ Markkinaoikeus viittasi edellä käsiteltyyn EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja totesi johtopäätöksensä seuraavaa:

”Markkinaoikeus toteaa, että kunta voi kuntalain 8 §:n 1 momentin mukaan järjestää sille laissa säädetyt tehtävät itse tai sopia järjestämisvastuun siirtämisestä toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle. Lain 49 §:n 1 momentin mukaan kunnat tai kuntayhtymät voivat sopimuksen nojalla hoitaa tehtäviään yhdessä. Kuntalain 8 luvusta ilmenee, että kuntayhtymä on oikeushenkilö, jossa määräysvaltaa käyttävät sen jäsenenkunnat. Hankintalain esitöissä (HE 50/2006 vp s. 63) on todettu, että kuntayhtymän lakisääteisten tehtävien osalta kysymys ei ole kunnan toimintojen siirtämisestä kunnan ulkopuolelle.

Markkinaoikeus toteaa olevan selvää, että Pirkanmaan sairaanhoitopiirin kuntayhtymä on sellainen yksikkö, jossa Tampereen kaupunki käyttää määräys- ja valvontavaltaa hankintalain 10 §:ssä tarkoitettulla tavalla. Lisäksi selvää on, että sanottu kuntayhtymä harjoittaa pääosaa toiminnastaan pykälässä tarkoitettulla tavalla niiden kuntien kanssa, joiden määräysvallassa se on.

Edellä olevan perusteella markkinaoikeus katsoo, että valituksenalaisessa päätöksessä on ollut kysymys hankintalain 10 §:ssä tarkoitettusta hankinnasta hankintayksikön sidosyksiköltä. Sen vuoksi hankintaan ei ole tullut soveltaa hankintalakia, eikä valituksen tutkiminen kuulu markkinaoikeuden toimivaltaan ja valitus on siten jätettävä tutkimatta.”

Suomessa sidosyksikköhankintojen periaatteita linjaa myös korkeimman hallinto-oikeuden päätös 232/2017, jossa on kyse kuntien hankinnoista niiden yhteisesti omistamalta hankintayksiköltä.

²⁷ Tampereen kaupunki – kalliokiviaineshankinta -julkinen hankinta - hankinta hankintayksikön sidosyksiköltä - markkinaoikeuden toimivalta. Diaarinumero: 2016/181. Antopäivä: 23.3.2017.

Korkeimman hallinto-oikeuden päätöksessä (KHO 232/17) oli kyse siitä, tuliko jätehuoltopalvelut kilpailuttaa hankintalain mukaisesti vai oliko kyseessä lain ulkopuolelle jäävä sidosyksikköhankinta. Useat kunnat olivat antaneet niiden vastuulle kuuluvat jätehuoltopalvelut X Oy:n tehtäväksi. Jätehuoltopalveluiden hankinta kyseiseltä yhtiöltä oli perustunut kuntien allekirjoittamaan osakassopimukseen. Sidosyksikkösääntelyn mukaan hankintalakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.

X Oy on ollut kunnista muodollisesti erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö, joka on osakassopimuksen mukaisesti ollut kuntien yksinomaisessa omistuksessa. X Oy:n tehtävänä on ollut hoitaa osakaskuntien jätelakiin perustuvat jätehuoltovelvoitteet, joten se toimii osakaskuntiansa puolesta. Osakassopimuksen mukaan osakaskunnat valitsevat kaikki yhtiön hallituksen jäsenet ja voivat yhdessä käyttää määräysvaltaa yhtiön päätöksiin ja toimintaan eikä osakkaiden oikeutta käyttää määräysvaltaa ole rajoitettu. Näin ollen myös hankintalain valvontavaltaa koskeva edellytys on täyttynyt. X Oy:ltä tehtyihin hankintoihin on sisältynyt sekä kuntien ensisijaiseen että toissijaiseen vastuuseen jätelain nojalla kuuluvat jätehuoltopalveluhankinnat. Tämä huomioiden asiassa esitetyn selvityksen mukaan X Oy:n liikevaihdosta vain noin kaksi prosenttia on liittynyt muuhun toimintaan kuin kuntien lakisääteisten jätehuoltopalveluiden hoitamiseen. X Oy on siten hankintalaissa edellytetyllä tavalla harjoittanut pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. KHO katsoi, että hankinnoissa on ollut kyse sidosyksikköhankinnoista, joihin ei sovelleta hankintalakia.²⁸

Edellä mainitun ratkaisukäytännön mukaan harkittaessa sidosyksikön kriteerien täyttymistä viranomaisten harjoittaman hankintayhteistyön osalta huomiota on kiinnitettävä siihen, mahdollistaako yhteistyö tehokkaan kontrollin ja onko kyse luonteeltaan julkisyhteisön ohjaamasta toiminnasta.²⁹

6.3 Uudempaa EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntöä inhouse-yhtiöiden toiminnasta

Joissakin EU:n jäsenvaltioissa on otettu käyttöön lainsäädäntöä, jolla rajoitetaan inhouse-yhtiöiden perustamista.³⁰

Liettuassa lailla on kielletty käyttämästä käyttää sidosyksiköitä, mikäli toimialalla on markkinoilla

²⁸Kotimaisen oikeuskäytännön osalta voidaan viitata myös aiemman lainsäädännön aikana annettuun ratkaisuun KHO 2011:24.

Ks. myös *komissio v. Espanja (C-84/03)*, *Teckal (C-107/98)* ja *Arge Gewässerschutz (C-94/99)*, Kok. 2000, s. I-11037).

³⁰ Ks. esim. Valtiovarainministeriön julkaisema ulkopuolinen selvitys julkisten hankintojen säästökeinoista 6.3.2023. Jussi Pyykkönen, Kirsi-Maria Halonen, Janne Tukiainen ja Anniina Parviainen. [https://vm.fi/documents/10623/150718668/Selvitys+julkisen+hankintojen+s%C3%A4%C3%A4st%C3%B6keinoista.pdf/f/392c82c8-c382-d667-d96b-f78f234abef8/Selvitys+julkisen+hankintojen+s%C3%A4%C3%A4st%C3%B6keinoista.pdf?t=1678084096339](https://vm.fi/documents/10623/150718668/Selvitys+julkisen+hankintojen+s%C3%A4%C3%A4st%C3%A4st%C3%B6keinoista.pdf/f/392c82c8-c382-d667-d96b-f78f234abef8/Selvitys+julkisen+hankintojen+s%C3%A4%C3%A4st%C3%B6keinoista.pdf?t=1678084096339).

Jäljempänä olevat maakohtaiset tiedot on poimittu kyseisestä selvityksestä. Kokonaisarvion tekeminen EU-jäsenvaltioiden tilanteesta edellyttäisi kattavamman selvityksen tekemistä.

tarjontaa.³¹ Espanjassa³² ja Italiassa³³ sidosyksiköiden käyttö on sallittu vain, jos se todetaan kustannustehokkaammaksi tai siihen liittyy erityinen yleiseen etuun liittyvä syy, kuten turvallisuus-, kansanterveys- tai huoltovarmuussyistä.³⁴ Näihin kansallisiin ratkaisuihin on ehditty ottaa jo osin kantaa EU-tuomioistuimen uusimmassa oikeuskäytännössä.

6.3.1 Irgita-tapaus

Tapaus Irgita (C-285/18).³⁵ kyse oli *Liettuan* aiemman kansallisen lainsäädännön lainmukaisuudesta EU-direktiivien kehikossa. Liettuan aiemmin voimassa olleen kansallisen lainsäädännön mukaan kunta sai tehdä ns. sisäisen liiketoimen vain, mikäli se oli saanut siihen erityisen ”julkisten hankintojen viraston” luvan. EU-tuomioistuimen ratkaisu koski yleisen hankintadirektiivin 2014/24/EU (1, 12 ja 18 artiklan, SEUT-sopimuksen 18, 49, 56 ja 106 artiklan sekä Euroopan unionin perusoikeuskirjan 36 artiklan tulkintaa.

EU-tuomioistuin totesi, että jäsenvaltion vapaus valita palvelujen tarjoamistapa, jolla hankintaviranomaiset täyttävät omat tarpeensa, käy ilmi muun ohella direktiivin 2014/24 johdanto-osan viidennestä perustelukappaleesta, jossa todetaan, että ”tässä direktiivissä ei millään tavalla velvoiteta jäsenvaltioita turvautumaan alihankintaan tai ulkoistamiseen sellaisten palvelujen suorittamisessa, jotka ne haluavat suorittaa itse tai järjestää muulla tavalla kuin tässä direktiivissä tarkoitetuilla hankintasopimuksilla”, ja siinä vahvistetaan näin mainittua direktiiviä aikaisempi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö.³⁶ Toisaalta Näin ollen on niin, että aivan kuten direktiivissä 2014/24 ei velvoiteta jäsenvaltioita turvautumaan julkiseen hankintamenettelyyn, siinä ei myöskään voida velvoittaa jäsenvaltioita käyttämään ”sisäistä liiketoimea”, jos 12 artiklan 1 kohdassa säädetty edellytykset täyttyvät.³⁷ Jsenvaltioille näin myönnetty vapaus tuodaan selvemmin esiin käyttöoikeussopimusten tekemisestä 26.2.2014 annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin 2014/23/EU (EUVL 2014, L 94, s. 1) 2 artiklan 1 kohdassa, jossa säädetään seuraavaa:

”Tässä direktiivissä tunnustetaan kansallisten, alueellisten ja paikallisviranomaisten vapaan harkinnan periaate kansallisen ja unionin oikeuden mukaisesti. Nämä viranomaiset voivat vapaasti päättää parhaana pitämästään tavasta huolehtia rakennusurakoiden toteuttamisesta tai palvelujen tarjoamisesta erityisesti korkean

³¹ Liettuan perustuslakituomioistuimen päätöksen mukaan in-house -hankinta saadaan hankinta voidaan tehdä, mikäli se on ainoa tapa järjestää palvelut eikä julkisena hankintana toteutettava kilpailutus ole mahdollinen. Ratkaisu 5.5.2022 No. KT54-N5/2022: Ruling in the compliance of article 10(2)(2) of the Law on Public Procurement of the Republic of Lithuania (wording of 20 December 2019) with the Constitution of the Republic of Lithuania.

³² Art. 86, Law 40/2015.

³³ Art. 192, decreto legislativo 50/2016 – codice dei contratti pubblici.

³⁴ Ks. alaviitteessä 30 mainittua selvitys, s. 11.

³⁵ Asia C-285/18, ECLI:EU:C:2019:829.

³⁶ Tuomion kohta 37.

³⁷ Tuomion kohta 46.

laadun ja turvallisuuden tason, kohtuuhintaisuuden, yhdenvertaisen kohtelun sekä yleisen saatavuuden ja käyttäjien oikeuksien edistämisen varmistamiseksi julkisissa palveluissa. Ne saavat suorittaa yleistä etua koskevat tehtävänsä käyttäen omia voimavarojaan tai yhteistyössä muiden viranomaisten kanssa taikka siirtää tehtävien suorittamisen talouden toimijoille.”³⁸

Toisaalta jäsenvaltioiden vapaus päättää parhaana pitämästään tuotantotavasta ei kuitenkaan ole rajoittamaton. Tätä vapautta käytettäessä on päinvastoin noudatettava EU-sopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä, erityisesti tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta, sekä niistä johtuvia periaatteita kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja vastavuoroisen tunnustamisen periaatteita sekä suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta³⁹ Jäsenvaltio voi näissä rajoissa asettaa hankintaviranomaiselle ehtoja, joista ei säädetä direktiivin 2014/24 12 artiklan 1 kohdassa, jotta tämä toteuttaa sisäisen liiketoimen erityisesti palvelun jatkuvuuden, hyvän laadun ja saatavuuden takaamiseksi.⁴⁰ Toisin sanoen, jäsenvaltio voi asettaa inhouse-toiminnalle hankintadirektiivejä tiukempia ehtoja, mutta se ei saa tehdä sitä tavoilla, jotka suoraan tai välillisesti suosisivat kotimaan yrityksiä muista EU-maista olevien yritysten kustannuksella.

6.3.2 Rieco-tapaus

Rieco-tapauksessa⁴¹ kyse oli siitä, onko yleisen hankintadirektiivin direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä *Italian* kansalliselle lainsäädännölle, jossa sisäisen liiketoimen, jota kutsutaan myös ”in house -sopimukseksi”, tekemisen edellytykseksi asetetaan se, että julkisen hankinnan tekeminen ei ole mahdollista ja että hankintaviranomainen joka tapauksessa osoittaa mitä yhteiskunnallista hyötyä sisäisen liiketoimen käyttämiseen erityisesti liittyy.

EU-tuomioistuin viittasi edellä käsiteltyyn Irgita-tapaukseen⁴², jossa jäsenvaltioille oli annettu oikeus jättää inhouse-hankinnat direktiivin 2014/24 soveltamisalan ulkopuolelle. Näin ollen direktiivillä ei rajoiteta jäsenvaltioiden vapautta suosia tiettyä palvelujen tarjoamistapaa. Jäsenvaltioiden vapaus valita palvelujen tarjoamistapa, jolla hankintaviranomaiset täyttävät omat tarpeensa, käy ilmi myös direktiivin 2014/24 johdanto-osan 5 perustelukappaleesta, jossa todetaan, että ”tässä direktiivissä ei

³⁸ Tuomion kohta 47.

³⁹ Tuomion kohta 48. EU-tuomioistuin viittasi analogisesti seuraaviin aiempiin ratkaisuihinsa vuosien varrelta: tuomio 9.7.1987, CEI ja Bellini, 27/86–29/86, EU:C:1987:355, 15 kohta; tuomio 7.12.2000, Telaustria ja Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669, 60 kohta ja tuomio 10.9.2009, Sea, C-573/07, EU:C:2009:532, 38 kohta.

⁴⁰ Tuomion kohta 49.

⁴¹ Yhdistetyt asiat C-89/19–C-91/19, tuomioistuimen määräys 6. päivänä helmikuuta 2020.

⁴² C-285/18, EU:C:2019:829

millään tavalla velvoiteta jäsenvaltioita turvautumaan alihankintaan tai ulkoistamiseen sellaisten palvelujen suorittamisessa, jotka ne haluavat suorittaa itse tai järjestää muulla tavalla kuin tässä direktiivissä tarkoitetuilla hankintasopimuksilla”, ja siinä vahvistetaan näin mainittua direktiiviä aikaisempi unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö.⁴³ Näin ollen direktiivissä ei sen enempää kielletä inhouse-hankintoja kuin myöskään velvoite sallimaan niitä.⁴⁴ Jäsenvaltioiden lainsäädännöllisten ratkaisujen on kuitenkin noudatettava EU-sopimuksen perustavanlaatuisia sääntöjä, erityisesti tavaroiden vapaata liikkuvuutta, sijoittautumisvapautta ja palvelujen tarjoamisen vapautta, sekä niistä johtuvia periaatteita kuten yhdenvertaisen kohtelun, syrjintäkiellon ja vastavuoroisen tunnustamisen periaatteita sekä suhteellisuusperiaatetta ja avoimuusperiaatetta.⁴⁵

Ero direktiivin 2014/24 12 artiklan 1 kohdan ja saman direktiivin 12 artiklan 3 kohdan välillä on se, että ensin mainitun säännöksen puitteissa in house -yksikkö on yksin hankintaviranomaisen määräysvallassa, kun taas jälkimmäisen säännöksen yhteydessä tämä yksikkö on usean hankintaviranomaisen yhteisessä määräysvallassa. Näissä olosuhteissa jäsenvaltioiden vapaus valita palvelujen suorittamistapa, jolla hankintaviranomaiset täyttävät omat tarpeensa, oikeuttaa ne asettamaan sisäisen liiketoimen toteuttamisen edellytykseksi sen, että julkisen hankinnan tekeminen on mahdotonta ja että hankintaviranomainen joka tapauksessa osoittaa, mitä yhteiskunnallista hyötyä sisäisen liiketoimen käyttämiseen erityisesti liittyy.

Ennakkoratkaisua pyytänyt tuomioistuin kysyi toisella kysymyksellään, onko direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohtaa tulkittava siten, että se on esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa estetään hankintaviranomaista hankkimasta osuuksia sellaisesta yksiköstä, jonka osakkaat ovat muita hankintaviranomaisia, kun nämä osuudet eivät voi taata määräysvaltaa tai veto-oikeutta ja kun kyseinen hankintaviranomainen aikoo tulevaisuudessa hankkiutua asemaan, jossa sillä on yhteistä määräysvaltaa ja siten mahdollisuus tehdä kyseiseltä usean hankintaviranomaisen yhteisomistuksessa olevalta elimeltä suorahankintoja.

EU-tuomioistuin totesi, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohdan a–c alakohdan sanamuodosta ilmenee, kyseisten kohtien tarkoituksena on täsmentää niitä ehtoja, joiden nojalla hankintaviranomainen, jolla yhdessä muiden hankintaviranomaisten kanssa on määräysvalta tämän direktiivin 12 artiklan 1 kohdassa tarkoitettussa yksityisoikeudellisessa tai julkisoikeudellisessa

⁴³ Rieco, kohdat 33-34; Irgita, 45 kohta.

⁴⁴ Irgita, kohta 46.

⁴⁵ Irgita, 48 kohta.

oikeushenkilössä, voi tehdä kyseiseltä oikeushenkilöltä julkisen hankinnan soveltamatta tätä direktiiviä. Direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohdassa säädetty julkisia hankintoja koskevien sopimusten tekemistä koskevien sääntöjen poissulkeminen edellyttää siten tämän säännöksen alakohdan mukaan sitä, että hankintaviranomainen käyttää yhdessä muiden hankintaviranomaisten kanssa kyseisessä oikeushenkilössä vastaavaa määräysvaltaa kuin omissa yksiköissään.

Tästä seuraa, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohdassa ei säädetä mistään vaatimuksesta, joka koskisi edellytyksiä, joilla julkisyhteisö hankkii omistuosuuksia yhtiöstä, jonka osakkaat ovat muita julkisyhteisöjä. Toiseen kysymykseen on näin ollen vastattava, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohtaa on tulkittava siten, että se ei ole esteenä sellaiselle kansalliselle lainsäädännölle, jossa estetään hankintaviranomaista hankkimasta osuuksia sellaisesta yksiköstä, jonka osakkaat ovat muita hankintaviranomaisia, kun nämä osuudet eivät voi taata määräysvaltaa tai veto-oikeutta ja kun kyseinen hankintaviranomainen aikoo tulevaisuudessa hankkiutua asemaan, jossa sillä on yhteistä määräysvaltaa ja siten mahdollisuus tehdä kyseiseltä usean hankintaviranomaisen yhteisomistuksessa olevalta elimeltä suorahankintoja.

EU-tuomioistuimen ratkaisua asiassa *Rieco* lienee tulkittava siten, että se mahdollistaa sekä inhouse-hankintojen että sidosyksikköhankintojen rajoittamisen kansallisesti hankintadirektiivejä enemmän.

6.3.3 Igretec-tapaus

EU-tuomioistuimen *Igretec*-tapauksessa⁴⁶ otetaan kantaa muun yleisen hankintadirektiivin 12 artiklan 3 kohdan mukaiseen in house -sidosyksikköhankintaan määräysvaltakriteerin täyttymisen edellytyksiin.

Kyse oli *Belgiassa* syntyneestä oikeusriidasta. Tuomiossa käsitellään määräysvaltakriteerin täyttymisen edellytyksiä hankintayksiköiden yhteisen määräysvallan tilanteissa sekä yksityisen määräysvallan tilanteissa. Määräysvaltakriteeri voi täytyä välillisellä edustuksella tilanteessa, jossa hankintayksikkö käyttää yksin määräysvaltaa suhteessa sidosyksikköön. Yhteisen määräysvallan tilanteissa välillinen edustus ei ole mahdollista. Toisin sanoen yhteisen määräysvallan tilanteissa on keskeistä, että kukin hankintayksikkö käyttää tosiasiallisesti määräysvaltaa sidosyksikköön joko itse

⁴⁶ *Sambre & Biesme SCRL (C-383/21)* ja *Commune de Farciennes (C-384/21)* vastaan *Société wallonne du logement (SWL)*, tuomio 22.12.2022.

tai toisen hankintayksikön edustuksella.

Direktiivin 12 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan i alakohdassa säädetään, että määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksentekokoelinten on koostuttava kaikkien määräysvallan käyttöön osallistuvien hankintaviranomaisten edustajista, ja yksittäinen edustaja voi edustaa useita tai kaikkia osallistuvia hankintaviranomaisia. Tämän säännöksen sanamuodosta seuraa näin ollen EU-tuomioistuimen mukaan, että siinä edellytetään, että oikeushenkilössä yhteistä määräysvaltaa käyttävällä hankintaviranomaisella on jäsen, joka edustaa kyseistä hankintaviranomaista tämän oikeushenkilön päätöksentekokoelimissä, ja tämä jäsen voi tarvittaessa edustaa myös muita hankintaviranomaisia.⁴⁷

Igretec-tapauksen keskiössä on kolme oikeushenkilöä: SLSP Sambre & Biesme (”SLSP”), Farciennesin kunta (”Farciennes”) ja Igretec. SLSP on Farciennesin ja toisen kunnan omistama julkisen palvelutehtävän asuntotuotantoyhtiö. Igretec on SLSP:n, Farciennesin sekä yli 120 muun julkisoikeudellisen oikeushenkilön yhdessä omistama julkisia palveluja tuottava yksikkö. Tapauksessa SLSP ja Farciennes ovat hankintayksiköitä ja Igretec sidosyksikkö.⁴⁸

EU-tuomioistuin totesi, että direktiivin 2014/24 12 artiklan 3 kohdan toisen alakohdan i alakohtaa on tulkittava siten, että sen toteamiseksi, että hankintaviranomaisen käyttää sopimuspuoleksi valitussa oikeushenkilössä yhdessä muiden hankintaviranomaisten kanssa samanlaista määräysvaltaa kuin ne käyttävät omissa yksiköissään, tässä säännöksessä tarkoitettu vaatimus siitä, että hankintaviranomaisen on oltava edustettuna määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksentekokoelimissä, ei täyty pelkästään sillä perusteella, että tämän oikeushenkilön hallituksen jäsenenä toimii toisen hankintaviranomaisen edustaja, joka on myös ensimmäisen hankintaviranomaisen hallituksen jäsen.

⁴⁷ Tuomion kohdat 56 ja 57.

⁴⁸ Igretecin omistus jakautui eri osakesarjoihin siten, että kunnat omistavat A-sarjan osakkeita ja muut omistajat C-sarjan osakkeita. A-sarjan osakkeiden omistajat toimivat Igretecin hallintoelimissä. Sen sijaan C-sarjan osakkeiden omistajilla ei ole omaa edustajaa tai edes tosiasiallista mahdollisuutta saada edustajaa Igretecin hallintoelimiin. SLSP on hankkinut Igreteciltä yhden C-sarjan osakkeen sidosyksikkösuhteen muodostamiseksi. A-sarjan osakkeita omistavalla Farciennesilla on oma edustaja Igretecin hallintoelimessä. Kyseinen Farciennesin edustaja on myös SLSP:n hallituksen jäsen. SLSP:n ja Farciennesin oli tarkoitus tehdä yhdessä sidosyksikköhankinta Igreteciltä kansallisella tasolla oltiin katsottu, että sidosyksikkösuhteen muodostumisen edellytykset eivät täytyneet SLSP:n osalta. SLSP ja Farciennes väittivät, että SLSP:n sidosyksikköhankinnan määräysvaltakriteeri SLSP:n osalta. SLSP:llä ei ollut omaa edustajaa Igretecin hallintoelimessä, eikä edes tosiasiallista mahdollisuutta saada tällaista edustajaa. Tuomioistuin arvioi edelleen voisiko määräysvaltakriteeri täytyä SLSP:n osalta sillä perusteella, että Igretecin hallintoelimessä oleva Farciennesin edustaja on myös SLSP:n hallituksen jäsen, joka edustaisi Igretecin hallintoelimessä myös SLSP:ää ja sen etuja.

Asiassa olennaista näyttäisi olevan, ettei SLSP:n ja Farciennesin välillä ollut sovittu muodollisesti edustuksesta. Yhteisen määräysvallan tilanteissa hankintayksikköä voi edustaa jokin toinen sidosyksikön omistava hankintayksikkö, mutta tällöin edustus tulee olla muodollisesti vahvistettu esimerkiksi hankintayksiköiden välisissä sopimuksissa, yhtiöasiakirjoissa tai lain tasolla.

Huomionarvoista on, että tuomiossa ei lausuttu SLSP:n (vähäisestä) omistuksesta sidosyksikössä. Suomessa usein ongelmallisena on nähty inhouse-yhteistyöhön osallistuneiden pienet omistusosuudet. Tämä aspekti on noussut esille myös edellä käsitellyssä kotimaisessa oikeuskäytännössä. Tässä tapauksessa EU-tuomioistuin ei ainakaan nimenomaisesti antanut merkitystä omistuksen suuruudella, vaan painoarvoa annettiin ennemminkin tosiasiallisen määräysvallan olemassaololle tai sen puuttumiselle. Toisaalta kun edustusta ei ollut järjestetty edustuksen kautta, kannan ottamista osakeomistuksen suuruuteen ei välttämättä pidetty tässä tapauksessa ratkaisurelevanttina seikkana.

Sidosyksikköhankinnan käyttöedellytyksiin sisältyy muun ohella se, että *hankintayksikkö voi yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa sidosyksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa* (määräysvaltakriteeri). Edellä mainittu tarkoittaa käytännössä sitä, että hankintayksikkö omistaa ja käyttää määräysvaltaa sidosyksikköön yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa. Hankintayksiköiden yhteisomistus ja yhteinen määräysvallan käyttö onkin tavanomainen tapa järjestää sidosyksikkötoimintaa.

Hankintayksikön katsotaan käyttävän määräysvaltaa samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa silloin, kun se käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa sidosyksikön strategiaan tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Oleellista on, että hankintayksiköllä on vaikutusmahdollisuuksia sidosyksikön toimintaan ja sen ohjaamiseen. Yhteisen määräysvallan edellytyksenä on, että kunkin hankintayksikön edustaja on mukana sidosyksikön päätösvaltaa käyttävissä hallintoelimissä. Vaihtoehtoisesti yksittäinen edustaja voi edustaa useita tai kaikkia hankintayksiköitä sidosyksikön hallintoelimissä. Edelleen edellytetään, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti. Hankintayksiköiden etujen mukainen toiminta ei mahdollista sitä, että sidosyksikössä ajettaisiin sellaisia etuja, jotka poikkeavat määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden eduista.

Mikäli omistusta koskevalla prosenttiosuudella olisi merkitystä, todennäköiseltä vaikuttaisi, että teema olisi noussut esille uusimmissa ratkaisuisa. Tähän nähden vanhemmat kotimaiset ratkaisut,

joissa hyvin pienen omistusosuuden on katsottu merkitsevän sidosyksikköaseman puuttumista, vaikuttavat menettäneen merkityksensä. EU-tuomioistuimelle näyttäisi riittävän se, että sopimukselliset järjestelyt johtavat yhteisen määräysvallan syntymiseen. EU:n hankintadirektiiveissä tai EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä omistusosuutta tai omistajien määrää ei ole rajoitettu.

6.3.4 Johtopäätöksiä

Uudempi oikeuskäytäntö on selkeyttänyt, että inhouse-hankintojen rajoittaminen hankintadirektiivejä enemmän kansallisella lainsäädännöllä on mahdollista. Tämän tulee kuitenkin tapahtua tavalla, joka ei suoraan tai välillisesti suosi kotimaisia yrityksiä.

EU-tuomioistuimelle näyttäisi riittävän se, että sopimukselliset järjestelyt johtavat yhteisen määräysvallan syntymiseen. EU:n hankintadirektiiveissä tai EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä omistusosuutta tai omistajien määrää ei ole rajoitettu.

7. Milloin sidosyksikön käyttäminen on tehokasta?

Sääntelynäkökulmasta oman kysymyksensä muodostaa, milloin sidosyksikön käyttäminen on tehokasta. Taloudellista tehokkuutta tulee sidosyksikkösääntelyn osalta tarkastella monipuolisesti eri näkökulmista. Yhtäältä sidosyksikköhankinnoilla voidaan alentaa transaktiokustannuksia. Mikäli viranomaisen tekee suuren määrän pieniä hankintoja, kilpailuttamiseen liittyvät kustannukset voivat muodostua kohtuuttoman suuriksi verrattuna saavutettavissa olevaan hyötyyn. Toisaalta sidosyksikkö voi mahdollistaa toiminnan suunnittelun ja hankintayksikön oman kontrollin säilyttämisen asioissa, jotka ovat sille erityisen tärkeitä. Sidosyksikön käyttäminen ei sinänsä estä palvelujen ostamista yksityisiltä yrityksiltä, sillä sidosyksiköt ovat itsekin hankintayksiköitä, joiden tulee kilpailuttaa omat hankintansa.

Sidosyksikön osalta kyse voi olla eräänlaisesta *de facto omana työnä tekemisestä*, jossa aiemmin viranomaisen sisällä hoidettu toiminto on yhtiöitetty esimerkiksi paremman kustannusseurannan, paremman riskienhallinnan, skaalaetujen ja/tai EU:n valtiontukioikeudessa kielletyn organisatorisen valtiontuen⁴⁹ välttämiseksi. Samalla kun inhouse-yhtiöt voivat tuoda tehokkuushyötyjä, ne voivat sulkea markkinoita yksityisiltä yrityksiltä. Kumpi näkökulma painaa enemmän, voidaan ratkaista

⁴⁹ Kuntakentässä tunnetuin esimerkki tältä osin on ns. Palmia-tapaus, joka johti Euroopan komission vaatimuksesta tehostetun yhtiöittämisvelvollisuuden lisäämiseen kuntalakiin.

vain yksittäistapauksessa. Lähtökohtaisesti kuntien ja hyvinvointialueiden itsemääräämisoikeuteen kuuluu oikea päättää siitä, mitkä hankinnat tehdään sidosyksikköhankintoina ja mitkä kilpailutetaan. Samalla pyritään turvaamaan se, ettei markkinoille pääsy liaksi rajoitu. Hankintayksiköiden keskinäisissä sopimuksissa on usein viranomaisyhteistyön ja yleishyödyllisiin palveluihin liitettäviä piirteitä. Inhouse-hankinnoissa tämä voi olla lähtökohtana. Monet nykyisin toimivat sidosyksiköt ovat käytännössä viranomaisten yhteishankintayksikköjä.

Valtiovarainministeriön julkaisemassa julkisten hankintojen säästökeinoja koskevassa ulkopuolisessa selvityksessä⁵⁰ suositeltiin muun ohella yhtäältä sidosyksikköhankintojen vähentämistä ja toisaalta yhteishankintojen lisäämistä niihin liittyvien merkittävien kustannussäästöjen vuoksi. Sidosyksiköiden toimintaa tulisi rajoittaa, jos toimialalla on toimivat yksityiset markkinat. Sidosyksiköiden hyödyntäminen sen sijaan on perusteltua silloin, jos markkinat epäonnistuvat palvelun tuottamisessa joko siksi, ettei markkinoilla ole toimijoita tai niitä ei sinne palvelukysynnästä huolimatta tule tarpeeksi. Toisaalta joskus yleiseen etuun, esimerkiksi turvallisuuteen tai huoltovarmuuteen liittyvät, painavat syyt voivat puoltaa inhouse-järjestelyn käyttöä tai muuta omaa tuotantoa. Olennaista kuitenkin olisi, että inhouse-hankintaa harkittaessa tehtäisiin arvio siitä, toimiiko tämä markkinatoimijoita kustannustehokkaammin tai onko sidosyksikköhankinnalle jotkin muut painavat yhteiskunnalliset syyt.⁵¹

Nähdäkseni sidosyksiköiden toiminnan rajoittaminen pelkästään sillä perusteella, että ”on olemassa markkinat” tai että ”markkinat ovat epäonnistuneet”, ei ole perusteltua. Ensinnäkin mainitut kriteerit ovat varsin epäselviä. Toiseksi sidosyksiköstä voi aiheutua taloudellisia hyötyjä muulloinkin kuin markkinoiden epäonnistuessa. Sidosyksikössä kyse voi olla asiallisesti *omana työnä tekemisestä*, jossa aiemmin viranomaisen toiminta on yhtiötetty, tai *kuntien horisontaalisesta yhteistyöstä*, jossa yhteisen yhtiön kautta tehtävillä yhteishankinnoilla saavutetaan suurempi skaala ja sitä kautta alhaisemmat hinnat. Mikäli sidosyksikköjen käyttäminen kiellettäisiin tällaisessa tilanteessa, seurauksena voisi olla julkisen sektorin hankintakustannusten nouseminen. Mahdollinen yksityisiä yrityksiä koskeva poissuljentavaikutus taas riippuu muun ohella siitä, missä määrin sidosyksikkö kilpailuttaa omat hankintansa ja missä määrin yksityiset yritykset myyvät muillekin kuin julkissektorille. Selvityksessä annetut arviot potentiaalisista kustannushyödyistä ovat hyvin vahvasti

⁵⁰ Ks. alaviite 30 edellä.

⁵¹ Ulkopuolinen selvitys, s. 11. Ks. toisaalta s. 16: ”Laskelmissa on pyritty hyödyntämään käytettävissä olevaa tutkimustietoa mahdollisimman kattavasti. Tästä huolimatta laskelmat pitävät sisällään merkittävää epävarmuutta.” epävarmuutta. Epävarmuus johtuu siitä, että laskelmissa joudutaan arvioimaan sellaisten toimenpiteiden vaikutuksia, joista ei Suomen kontekstissa ole luonnollisesti näyttöä.”

stilisoituja, eikä niitä voida nykymuodossaan pitää näyttönä.⁵² Ylipäätään tällaisten hyötyjen ja haittojen arvioiminen on lainsäädäntötasolla erittäin haasteellista, eikä ehkä näin yleisellä tasolla edes mahdollista. Kyse on nimittäin yksittäistapausten arvioimisesta.

Kilpailu- ja kuluttajaviraston (KKV) 2022 julkaisemassa Sidosyksiköiden ulosmyynti -selvityksen loppuraportissa⁵³ KKV:n keskeinen johtopäätös oli, että ”vaikka sidosyksikkötoiminta on useilla toimialoilla laajaa ja merkittävää, optimaalista sidosyksiköiden ulosmyynnin enimmäisrajaa on hyvin vaikea määritellä. Optimaalisen rajan pitäisi olla sellainen, että se optimoisi kuluttajien kokonaishyvintä tasapainottamalla sekä sidosyksiköiden tehokkuustavoitteita että tehokkaita markkinoita tai markkinoiden kehityspotentiaalia. Optimaalisuus edellyttäisi tapauskohtaisia rajoja, joita ei lainsäädännössä luonnollisestikaan voi asettaa (toimialoittain, maantieteellisesti, toimijakohtaisesti ja jopa toimijan toimintokohtaisesti).”⁵⁴

Arvioitaessa omana työnä tekemiseen, sidosyksiköihin ja yhteishankintoihin liittyviä syitä ja vaikutuksia kannattaa kiinnittää huomiota myös institutionaaliseen taloustieteeseen. Muun ohella *Ronald Coasen ja Oliver J. Williamsonin* kehittämän *transaktiokustannusteorian* mukaan tietty toiminto suoritetaan tietyn organisaation (esimerkiksi yrityksen) sisällä tai vaihtoehtoisesti ostetaan markkinoilta siitä riippuen, kummalla tavalla kustannukset ovat alhaisempia. Organisaatio voi siis tuottaa tietyn hyödykkeen (tavaran tai palvelun) itse tai ostaa sen markkinoilta. Valinta tehdään sillä perusteella, kumpi vaihtoehto on sille kaikki relevantit seikat huomioon ottaen tehokkaampi vaihtoehto.⁵⁵ Omana työnä tekeminen sitoo omia resursseja. Toisaalta yritys ei joudu maksamaan markkinoilla tehtävistä sopimuksista aiheutuvia etsimis-, kilpailuttamis- neuvottelu-, täytäntöönpano-, ja valvomiskustannuksia (*transaktiokustannukset*). Mahdollisesti organisaation tarvitsema määrä on sen verran pieni, että joku kyseiseen tuotantoon erikoistunut yritys saa paremmat skaalaedut ja voi tuottaa hyödykkeen halvemmalla. Mahdollisesti hyödyke saadaan vielä edullisemmin, jos se hankitaan yhteishankintana muiden organisaatioiden kanssa. Valinta eri sopimustyyppien ja omana työnä tekemisen välillä tehdään sillä perusteella, mikä vaihtoehto on taloudellisesti kannattavin. Toisaalta olisi perustelematonta olettaa, että valinta sopimuksen ja rakenteellisen järjestelyn välillä tehtäisiin aina pelkästään kustannusperusteilla. Kustannuslaskennan ohella ratkaisuun vaikuttaa se, kumman vaihtoehdon organisaatio uskoo olevan itselleen strategisesti edullista.

⁵² Tämä todetaan myös itse selvityksessä (s. 16).

⁵³ Sidosyksiköiden ulosmyynti -selvityksen loppuraportti. Kilpailu- ja kuluttajaviraston Tutkimusraportteja 2/2022.

⁵⁴ KKV:n tutkimusraportteja 2/2022, s. 9.

⁵⁵ Ks. Kuoppamäki, Petri: Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa (2003).

Edellä kuvattua institutionaalista mallia voidaan soveltaa myös kuntien toimintaan. Kunta päättää itsehallintoonsa perustuen, kuinka se organisoii palvelunsa. Tietty toiminto voidaan järjestää oman henkilöstön voimin, kunnan omistaman osakeyhtiön toimesta, kuntien yhdessä omistaman osakeyhtiön toimesta tai hankkimalla hyödykkeet ostopalveluina markkinoilta. Usein voidaan käyttää useaa keinoa yhdessä. Omistaja- ja sopimusohjauksen näkökulmasta tehokkuus edellyttää riittävää volyyymia. Sidosyksikön käyttöä puoltaa usein se, että tietyn toiminnan organisoimisessa kyse on kokonaisarviosta, jossa tehokkuuden lisäksi on arvioitava myös muita asioita, kuten toimitusvarmuutta. Osaamisen näkökulmasta laajemmalla yhteistyöllä on mahdollisuus saada riittävästi ja riittävän osaavaa henkilökuntaa. Yhtiö on mahdollista integroida kunnan tai kuntayhtymän muihin toimintoihin palveluihin. Kuntien välisellä yhteistyöllä saadaan aikaiseksi riittävää neuvotteluvoimaa edustava sidosyksikkö, joka pystyy edustamaan kuntia ostajana markkinoilla, esimerkiksi suurten ohjelmistotoimittajien suuntaan.

Verkostomaiset sidosyksikköyritykset vähentävät yksittäisten viranomaisten sitoutumisen astetta ja siten kustannuksia, kun ne voidaan jakaa sidosyksiköstä muiden viranomaisten kanssa. Toisaalta verkostomaiset sidosyksiköt voivat sulkea markkinoita enemmän kuin konsernin sisäiset sidosyksiköt, koska sidosyksikkösääntely ulottuu sellaisiin hankintayksiköihin, jotka eivät yksinään sidosyksikköä ylläpitäisi. Hyötynä taas korostuu se, että ostamalla verkostomaisesti yhdessä muiden viranomaisten kanssa saadaan alemmat kustannukset. Samalla sidosyksiköiden hyöty viranomaisille ja sitä kautta veronmaksajille voi olla suurempi. Missä määrin sidosyksiköstä aiheutuu kilpailuhaittoja markkinoilla, riippuu muun ohella siitä, missä määrin sidosyksiköt kilpailuttavat omat hankintansa.

Periaatteessa sidosyksiköiden ja sidosyritysten taloudellisia hyötyjä ja haittoja voidaan tutkia vertaamalla toisiinsa sidosyksikön tuottamia synergiahyötyjä ja kilpailun mahdollisesta vähenemisestä aiheutuvia haittoja. Yhtenä elementtinä tutkimuksessa pitäisi saavuttaa syvälinen ymmärrys kaikista niistä eri tilanteista, joissa yhteishankintayksiköitä nykyisin käytetään. Toisaalta pitäisi löytää mahdollisimman hyvät välineet hyötyjen ja haittojen arviointiin. Tämän jälkeen vasta voitaisiin arvioida erityyppisten sidosyksiköiden toiminnan hyötyjä ja haittoja sekä säästöjä ja kustannuksia. Tällaisen tutkimuksen tekeminen on työlästä, mutta asian ymmärtämisen näkökulmasta hyvinkin hedelmällistä.

Tämän selvityksen laatija toteaa, että ennen mahdollisia lainsäädäntötoimia tulisi selvittää hyväksytyin tieteellisin metodein kunnolla ja perusteellisesti, mitkä olisivat eri ratkaisujen hyödyt ja haitat. Mikäli nykyisiä sidosyksikön muodossa toimivia yhteishankintayksiköitä ajettaisiin

hallitsemattomasti ja/tai ilman kunnollisia tutkimuksia alas, voisi tästä syntyä merkittäviä hyvinvointitappioita.

8. Kuntien ja hyvinvointialueiden itsemääräämisoikeus

Kustos ry:ltä saadun tiedon mukaan hallitusneuvotteluihin on viety esitys, jonka mukaan **inhouse-yhtiön minimiomistus tulisi olla 10, 15 tai jopa 20 %**. Kustos ry:ltä saadun tiedon mukaan **kunnan tulisi aina ensin tavoitella hankkivansa tarvitsemansa palvelut markkinoilta ja vain siinä tapauksessa sidosyksiköltä, että markkinoilta ei palvelua löydy**.

Luonnollisesti hankintalainsäädäntö koskee myös kuntia ja hankintalainsäädäntöä muuttamalla voidaan muuttaa tai täsmentää hankintayksiköiden velvollisuuksia. *Muutokset eivät kuitenkaan saa olla sellaista, että ne vaarantaisivat kunnallisen itsehallinnon*. Kuntien toimet oikeushenkilönä riippuvat monin osin siitä, mitä kunta viranomaisena tekee. Esimerkiksi julkisissa hankinnoissa kunta jakautuu viranomaisittain hankintayksiköihin, vaikka kunta onkin yksi oikeushenkilö. Julkisissa hankinnoissa hankintamenettelyn aikana kunta toimii kuitenkin viranomaisasemassa ja tekee hankintoja koskevat päätökset viranomaisena. Kun hankintapäätös pannaan täytäntöön hankintasopimuksella, muuttuu kunnan asema oikeushenkilöksi yksityisoikeudellisena sopimusosapuolena.⁵⁶ Olennaista tässä yhteydessä on, että ensimmäisessä vaiheessa kunta julkisena organisaationa ja julkisista hankinnoista annetun lain (1397/2016) 5 §:n tarkoittamana hankintayksikkönä suorittaa viranomaishankintaa itse hankintaprosessin osalta. Kunta viranomaisena harkitsee, mikä on kunnan näkökulmasta tarkoituksenmukaisin ja tehokkain tapa saada kunnalle tietty hankintalainsäädännön soveltamisalaan kuuluva suorite: tehdäkö hankinta omana työnä, ostaako suoritus sidosyksiköltä vai kilpailuttaako hankinta markkinoilla. Tämä päätöksenteko on kuntien osalta perustuslain 121 §:n nojalla autonomista. Ottaen huomioon, että varsin suuri osa kunnan budjetista käytetään erilaisten hyödyke- ja palvelusuoritusten ostamiseen, kyse on hyvin merkittävästä osasta kunnallista itsehallintoa. Kunnallinen itsehallinto on perustuslainvoimaisesti suojattu.

8.1 Kuntien itsehallinto

⁵⁶ Aina kunnan tekemät sopimukset eivät ole hankintamenettelynkään lopputuloksena yksityisoikeudellisia sopimuksia, vaan ne voivat olla myös julkisoikeudellisia hallintosopimuksia. Oikeuskäytännössä kunnan tekemien sopimusten luonnetta on jouduttu arvioimaan korkeimmissa oikeusasteissa (KHO 2013:165, KKO 2013:19, KKO 2008:36).

Kunnallisella itsehallinnolla tarkoitetaan kunnan oikeutta hoitaa itselleen ottamansa ja kunnalle laissa säädetyt tehtävät sekä päättää hallinnostaan, organisaatiostaan ja taloudestaan. Kunnallinen itsehallinto pohjautuu perustuslakiin (731/1999) ja kuntalakiin (365/1995). Perustuslain mukaan kunnan hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon. Kunnallisen itsehallinnon ytimeen kuuluu kunnan verotusoikeus.

Suomi jakaantuu perustuslain 121 §:n 1 momentin mukaan kuntiin, joiden hallinnon tulee perustua kunnan asukkaiden itsehallintoon. Perustuslain 121 §:n 2 momentista johtuu, että kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla. Perustuslain 121 § pohjautuu perustuslakivaliokunnan jo hallitusmuodon voimassa ollessa vakiintuneeseen käytäntöön.⁵⁷ Kunnallinen itsehallinto merkitsee kuntalaisille kuuluvaa oikeutta päättää kuntansa hallinnosta ja taloudesta.⁵⁸ Itsehallinto kattaa muun muassa kuntalaisten oikeuden itse valitsemiinsa hallintoelimiin.⁵⁹ Tavallisella lailla ei voida puuttua itsehallinnon keskeisiin ominaispiirteisiin tavalla, joka asiallisesti ottaen tekisi itsehallinnon merkityksettömäksi.⁶⁰ Lailla säätämisen vaatimus koskee myös kunnille annettavia tehtäviä. Kunnan tulee voida itse päättää tehtävistä, joita se itsehallintonsa nojalla ottaa hoidettavakseen. Muuten kunnalle voidaan antaa tehtäviä vain lailla. Perustuslain kunnille takaama itsehallinto on perustuslakivaliokunnan lausuntokäytännön perusteella niin vahva, ettei sen keskeisiin ominaispiirteisiin voida puuttua tavallisella lailla tavalla, joka asiallisesti ottaen tekisi itsehallinnon merkityksettömäksi.⁶¹

Perustuslain 121 §:n 2 momentin mukaan kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla. Perustuslakivaliokunnan käytännössä on annettu kunnallisen itsehallinnon kannalta merkitystä sille, kuinka laajamittaisesti kuntien lailla annettuja tehtäviä siirretään maakunnallisille elimille.⁶²⁶³ Perustuslain 121 §:n 4 momentin mukaan itsehallinnosta kuntia suuremmilla hallintoalueilla säädetään lailla. Perustuslain 124 §:n mukaan julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai lain nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi

⁵⁷ Ks. esim. Lainvalmistelijan opas, <http://lainkirjoittaja.finlex.fi/9-julkinen-hallinto/9-3/>

⁵⁸ Ks. esim. PeVL 40/2014 vp ja PeVL 16/2014 vp., joissa kyse oli valtioneuvoston suhteesta kuntien itsehallintoon.

⁵⁹ HE 1/1998 vp, s. 175/II, PeVL 63/2014 vp, s. 2/II.

⁶⁰ PeVL 20/2013 vp, s. 5–7, PeVL 22/2006 vp, s. 2/I, PeVL 31/1996 vp, s. 1/I.

⁶¹ Ks. esim. PeVL 67/2014 vp, s. 5, PeVL 20/2013 vp, s. 6, PeVL 22/2006 vp, s. 2, PeVL 65/2002 vp, s. 2–3, PeVL 31/1996 vp, s. 1. Kirjallisuuden osalta ks. esim. Uoti, Askola; Hämäläinen, Hanna; Keinänen, Anssi; Möttönen, Minna-Mari; Valtonen, Virve; Vartiainen, Niko Suomen kunnallisen itsehallinnon laajuus erityisesti julkisten palvelujen näkökulmasta; <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/164471>; Tommi Oikarinen, Tomi Voutilainen, Anu Mutanen ja Matti Muukkonen: Kunnallinen itsehallinto valtion puristuksessa, s. 39. ss.

⁶² Ks. esim. rahoituksen osalta PeVL 75/2014 vp ja PeVL 67/2014 vp ja tehtävien osalta PeVL 65/2002 vp, s. 3).

⁶³ PeVL 26/2017 vp, s. 30, PeVL 65/2018 vp, s. 22–25.

hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Kuntalain 1 §:ssä käsitellään perustuslain itsehallintosäätelyä myös talouden näkökulmasta. Kuntalain 1 §:n momentin mukaan tarkoituksena on ”...edistää kunnan toiminnan suunnitelmallisuutta ja taloudellista kestävyyttä”. Lisäksi kuntalain 1 §:n 2 momentin mukaan kunnan on parannettava asukkaidensa hyvinvointia ja alueensa elinvoimaisuutta. Kunnan on järjestettävä palvelunsa ”...taloudellisesti, sosiaalisesti ja ympäristöllisesti kestäväällä tavalla”. Kunnan tehtävät ja niitä koskeva päätöksenteko muodostavat kuntatalouden toteuttamisen lähtökohdan ja perustan. Kunnan talous taas on sen itsehallinnon perusta.

Kuntalain 50 §:ssä säädetään kuntien yhteistoiminnan suhteesta julkisista hankinnoista annettuun lakiin. Kuntalain 50 §:n 1 momentin mukaan, mikäli kunta sopii kuntalain 8 §:n mukaisesti kunnalle laissa säädetyn tehtävän järjestämisvastuun siirtämisestä toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle, siirtämiseen ei sovelleta julkisista hankinnoista annettua lakia (348/2007). Toisaalta kuntalain 50 §:n 2 momentin mukaan kuntien yhteistoimintaan ei sovelleta julkisista hankinnoista annettua lakia eikä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annettua lakia (349/2007), jos yhteistoiminnassa on kyse julkisista hankinnoista annetun lain 10 §:ssä tarkoitetulla tavalla kunnan tai kuntayhtymän hankinnasta sen sidosyksiköltä, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain 19 §:ssä tarkoitetulta sidosyritykseltä tai yhteisyritykseltä tai jos yhteistoimintaan ei muutoin sovelleta edellä mainittuja lakeja.

Kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään perustuslain 121 §:n 2 momentin mukaan lailla. Perustuslain esitöiden mukaan kunnan asukkaiden itsehallinnon periaatteeseen kuuluu, että kunnan tulee voida itse päättää tehtävistä, joita se itsehallintonsa nojalla ottaa hoidettavikseen, ja että muuten kunnalle voidaan antaa tehtäviä vain lailla.⁶⁴ Epäilemättä myös päätöksenteko siitä, mitä tuotetaan itse tai omistetun kunnan yhtiön kautta, missä määrin tehdään yhteistyötä muiden kuntien kanssa ja missä määrin palveluita viedään markkinoille, ovat kunnallisen itsehallinnon piiriin kuuluvia asioita.

Lisääntynyt palvelujen hankinta kunnan ulkopuolisilta toimijoilta, kuten yksityisiltä

⁶⁴ HE 1/1998 vp, s. 176.

palveluntuottajilta, on lisännyt tarvetta erottaa järjestämisvastuu ja palvelujen tuottaminen kunnan tehtäviä koskevassa sääntelyssä. Kuntalain 9 §:ssä säädetään, että kunta voi tuottaa järjestämisvastuulleen kuuluvat palvelut itse tai hankkia ne muulta palvelujen tuottajalta. Olennaista tässä yhteydessä on kuitenkin se, että vaikka kunta tai kuntayhtymä hankkisikin palvelut muualta, järjestämisvastuu kuitenkin säilyy niillä. Tämä tarkoittaa sitä, että kunta on vastuussa kaikista järjestämisvastuuseen liittyvistä velvoitteista, vaikka itse palvelun tuottaisikin yksityinen palveluntuottaja. Kunta on vastuussa myös siitä, että palvelujen tuottamista koskeva strategia (eli eri tuottamismuotojen kombinaatio) on kunnan näkökulmasta tehokas ja tasapainoinen. Vain näin kunnan talous pysyy tasapainossa ja palvelujen saatavuutta koskeva yhdenvertaisuusperiaate voi toteutua perustuslain 2 luvussa edellytetyllä tavalla.

8.2. Hyvinvointialueet

Hyvinvointialue on kunnista ja valtiosta erillinen julkisoikeudellinen yhteisö, jolla on alueellaan itsehallinto. Hyvinvointialue tytäryhteisöineen muodostaa hyvinvointialuekonsernin. Hyvinvointialueen toiminta käsittää hyvinvointialueen ja hyvinvointialuekonsernin toiminnan lisäksi muun omistukseen, sopimukseen ja rahoittamiseen perustuvan toiminnan. Selkeästi itsehallintoon kuuluu myös hankintatoimen järjestäminen, kuten kunnissakin. Perustusvaliokunta on korostanut myös osalta maakuntaitsehallinnon välttämättöminä peruselementteinä itsehallinnon kansanvaltaista perustaa ja siihen nojautuvaa demokraattista päätöksentekoa sekä maakunnan tehtävien ja hallinnon lakiperustaa.⁶⁵

Hyvinvointialueella on hyvinvointialueesta annetun lain 22 §:n mukaan aluevaltuusto, joka vastaa hyvinvointialueen toiminnasta ja taloudesta sekä käyttää hyvinvointialueen päätösvaltaa. Aluevaltuuston päätösvallasta säädetään laissa lisäksi tarkemmin. Valtuutetut ja varavaltuutetut aluevaltuustoon valitaan lain 23 §:n mukaan hyvinvointialueella toimitettavissa vaaleissa. Hyvinvointialuelain ehdotetut hallinnon ja talouden hoitoa koskevat säännökset ovat pitkälti yhdenmukaisia kuntalain vastaavien säännösten kanssa. Hyvinvointialuetta koskevat säännökset ovat yleisiä ja jättävät alueen organisaatorakenteen aluevaltuuston päätettäväksi.⁶⁶

⁶⁵ Ks. PeVL 26/2017 vp, s. 18—30.

⁶⁶ Perustuslakivaliokunnan mukaan perustuslain eri itsehallinnon muotoja koskevalle sääntelylle yhteinen piirre on kansanvaltaisuus (PeVL 26/2017 vp, s. 24). Kansanvaltaisuutta ymmärrettynä erityisesti osallistumisena ja vaikuttamisena voidaan valiokunnan mukaan pitää keskeisimpänä itsehallinnon periaatteellisena osatekijänä kulloisestakin itsehallinnollisesta järjestelystä riippumatta. Perustuslakivaliokunta piti aikaisemmin ehdotettua maakuntien päätöksentekojärjestelmää perusteiltaan itsehallintoon kuuluvan kansanvaltaisuuden vaatimuksen täyttävänä (PeVL 26/2017 vp, s. 24).

Hyvinvointialueen järjestämävastuulla olevissa sosiaali- ja terveyspalveluissa on 12 §:n perusteluissa todetulla tavalla tulkittu olevan laajalti kyse julkisista hallintotehtävistä, joiden antaminen yksityisen palveluntuottajan hoidettavaksi edellyttää perustuslain 124 §:n edellytysten täyttymistä. Perustuslain 124 § edellyttää myös, ettei yksityinen palveluntuottaja voi ilman laissa annettua valtuutusta hankkia alihankintana julkisia hallintotehtäviä sisältäviä palveluja.⁶⁷

8.3 Ehdotetun muutoksen vaikutus kuntien ja inhouse-yhtiöiden toimintaan

Kuntaliiton mukaan toiminnan organisoiminen on kunnille strateginen, johtamiseen ja palvelujen järjestämiseen liittyvä kysymys. Yhtiö on yksi työväline organisoimisessa. Kuntien itsehallintoon kuuluvaa harkintavaltaa rajoitetaan ja oman tuotannon vaihtoehdot vähenevät. Samalla puututaan kuntien oikeuteen päättää omasta hallinnostaan ja palvelujen tuottamisesta.

Erityisesti ICT- ja taloushallinnon alalla olisi purettava nykyisiä yhtiöitä. Todennäköisesti tilalle syntyisi kuitenkin uusia, alueellisia tai erilaisten kuntaryhmien/hyvinvointialueiden sidosyksiköitä. Erityisesti ohjelmistohankinnoissa osalta menetetään merkittävä neuvotteluvoima suuria monikansallisia toimijoita vastaan. Esimerkiksi omistussuuden rajaaminen tiettyyn vähimmäisprosenttiosuuteen johtaa yhtiöiden määrän kasvuun ja mahdollisesti estää myös maakunnallisten yhtiöiden käytön. Luontaiset toiminnalliset ja alueelliset kokonaisuudet hajoavat.

Kuntaliiton arvion mukaan edellä käsitellyn elinkeinoelämän ehdotuksen toteutuminen johtaisi valtakunnallisten palveluyhtiöiden purkamiseen. Valtakunnallisten yhtiöiden vaihtoehto on usean alueellisen tai maakunnallisen palveluyhtiön perustaminen. Lisäksi seurauksena olisi maakunnallisten palveluyhtiöiden omistuksen uudelleen järjestelyyn jo pelkästään kuntamäärän vuoksi. Usein seurauksena olisi myös alueellisten palveluyhtiöiden omistuksen uudelleen järjestelyyn, vaikka omistajia olisi alle 10.

Kustos ry kiinnittää huomiota siihen, että, että in-house-yhtiöt toimivat palveluintegraattoreina useille kunnille ja hyvinvointialueille Inhouse-yhtiöt kilpailuttavat ja ostavat markkinasta jo nyt jopa 70% ostoistaan. Tällä tavalla nimenomaan pienyritykset saadaan mukaan kattavammin, kun iso in-house-

⁶⁷ Yksityiselle siirretyn julkisen hallintotehtävän edelleen siirtämiseen (subdelegointi) on perustuslakivaliokunnan käytännössä suhtauduttu lähtökohtaisesti kielteisesti. Subdelegoinnin kieltö ei koske kuitenkaan ehdottomasti tilanteita, joissa on kyse täydentävästä tai teknisluonteisesta tehtävästä ja joissa alihankkijaan kohdistuvat samat laatuvaatimukset ja vastaava valvonta kuin alkuperäiseen palveluntuottajaan.

yhtiö hankkii alihankintana palvelua markkinasta. Pienhankintarajan nostaminen kasvattaisi tätä entisestään.

Mikäli in-house-yhtiön toimintaa rajoitetaan, kukin iso kunta ja iso hyvinvointialue kilpailuttaa palvelunsa itse. Tällöin yleensä kilpailutuksen voittajaksi selviytyy iso markkinoimija, joka tuottaa palvelunsa kokonaan itse eikä hanki alihankintana palvelua pienyrityksiltä. Seurauksena markkina keskittyy isoille toimijoille.

Hallitusohjelmaan ajatut minimiomistustavoitteet eivät muuta isojen toimijoiden (isot kaupungit ja isot hyvinvointialueet) tilannetta, koska niillä 10%:n omistus täyttyy kyllä. Sitä vastoin pienet in-house-yhtiön omistajat joutuvat pulaan. Pienellä kunnalla ei ole hankintaosaamista, eikä ole realismia vaihtaa kuntapuolen tahe-toimintojen tuottajaa muutaman vuoden välein. Vaihtaminen on erittäin kallista ja työlästä.

8.4 Oikeudellinen arvio

Hankintaoikeudellisen peruseriaatteen mukaan kullakin hankintayksiköllä on vapaa oikeus päättää, tekeekö se tietyt palvelut itse omana työnä vai ostaako se ne markkinoilta. Hankintayksikkö saa vapaasti myös päättää mitä se ostaa. Omana työnä tekeminen ja sidosyksiköt jäävät hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle. Hankintayksiköllä on kilpailuttamisvelvollisuus hankintalainsäädännössä normeeratuissa tilanteissa, ei sitä laajemmin. Kysymys siitä, kilpailutetaanko hankinta, on edellä kuvatuin tavoin keskeinen osa kunnallista itsehallintoa. Mikäli tarjouskilpailu päätetään järjestää, julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö soveltuu kokonaisuudessaan.

Tulkitsen tilannetta siten, että kunnilla on perustuslain 121 §:n nojalla oikeus päättää, mitkä palvelut ja missä laajuudessa toteutetaan ns. omana työnä tai kuntien yhteistoimintana ja mitkä palvelut hankitaan vapailta markkinoilta. Palvelujen tuottamistavasta päättäminen on kunnallisen itsehallinnon toteuttamista, jota lähtökohtaisesti voidaan rajoittaa lähinnä toimialakohtaisten erityislakien velvoitteilla ja muilla vastaavilla velvoitteilla. Kunnan mahdollisesti toteuttama hallinnon sisäinen tilaaja-tuottaja-järjestelmä sisältää myös kunnallispoliittisia ja hallinnollisia elementtejä. Vasta silloin, kun kunta hankkii organisaationsa ulkopuolelta ja kilpailuttaa ulkopuolisia tuottajaehdokkaitaan, hankintalainsäädäntö tulee sovellettavaksi. *Tuotantotavasta päättäminen on keskeinen osa kunnallista itsehallintoa.*

Kustos ry:ltä saadun tiedon mukaan hallitusneuvotteluihin on viety esitys, jonka mukaan **Inhouse-yhtiön minimiomistus tulisi olla 10, 15 tai jopa 20%**. Tältä osin on todettava, että esitys poikkeaa merkittävästi hankintadirektiivien ja kansallisen implementaation lähtökohdista. Kuten edeltä ilmenee, nykyisissä hankintadirektiiveissä ei aseteta mitään vähimmäisrajaa sidosyksikön omistukselle. Kontrollikriteerin on täytyttävä, mutta tämä voi tapahtua yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa. Sekä hankintadirektiivien että EU-tuomioistuimen tuoreen oikeuskäytännön perusteella mitään minimiomistusrajaa ei ole asetettu. Omistusraja kuitenkin rajoittaisi merkittävästi kuntien ja hyvinvointialueiden itsehallintoa ja mahdollisuuksia tehdä verkostomaista hankintayhteistyötä. Se, että muutos olisi sallittu EU-oikeudellisesti, ei poista sitä seikkaa, että muutos olisi hyvin arveluttava kunnallisen itsehallinnon näkökulmasta. Suomen kunkin hallituksen lakiesitysten on läpäistävä EU-oikeudellinen seula, mutta lisäksi niiden on oltava Suomen perustuslain mukaisia. Mielestäni on perusteltua tulkita asiaa siten, että esitys rikkoisi perustuslain 121 §:ää, koska sillä puututtaisiin hyvin merkittävällä tavalla kunnan taloudelliseen itsehallintoon.

Kustos ry:ltä saadun tiedon mukaan **kunnan tulisi aina ensin tavoitella hankkivansa tarvitsemansa palvelut markkinoilta ja vain siinä tapauksessa sidosyksiköltä, että markkinoilta ei palvelua löydy**. Tällainen periaate käytännössä romuttaisi kunnan ja muiden hankintayksiköiden mahdollisuuden tuottaa hyödyke omana työnä. Mielestäni on perusteltua tulkita asiaa siten, että elinkeinoelämän ehdotettu muutos ehdotus olisi tältäkin perustuslain 121 §:n vastainen, sillä se rajoittaisi toteutuessaan merkittävästi kunnallista itsehallintoa.

Hyvinvointialueiden itsehallinto ei nauti samanlaista perustuslaillista suojaa kuin kuntien itsehallinto perustuslain 121 §:n 1 momentin nojalla.⁶⁸ Hyvinvointialueista annetun lain (611/2021) 2 §:n mukaan hyvinvointialue on julkisoikeudellinen yhteisö, jolla on alueellaan itsehallinto siten kuin siitä tässä laissa säädetään. Toisaalta perustuslain 19 §:n 3 momentin mukaan julkisen vallan on turvattava, sen mukaan kuin lailla tarkemmin säädetään, jokaiselle riittävät sosiaali- ja terveyspalvelut ja edistettävä väestön terveyttä. On sinänsä arvovalinta, tuotetaanko palveluja viranomaisvetoisesti vai

⁶⁸ Tämän on todennut nimenomaisesti myös perustuslakivaliokunta lausunnossaan PeVL 17/2021 (HE 241/2020 vp):” Itsehallinnosta kuntia suuremmilla hallintoalueilla säädetään perustuslain 121 §:n 4 momentin nojalla lailla. Säännöksellä on ilmaistu mahdollisuus järjestää kuntia suurempia itsehallintoalueita itsehallinnon periaatteiden mukaisesti (HE 1/1998 vp, s. 176/II). Perustuslakivaliokunta on todennut perustuslain 121 §:n 1 momentin muodostavan yhdessä perustuslain 121 §:n 4 momentin kanssa kokonaisuuden (ks. PeVL 20/2013 vp, s. 9/II). Kuitenkaan perustuslain 121 §:n 4 momentista tai sen esitöistä ei ole luettavissa samanlaisia vaatimuksia maakuntien itsehallinnolle kuin perustuslain 121 §:n 1—3 momentista kunnan asukkaiden itsehallinnolle (PeVL 26/2017 vp, s. 20). Perustuslainsäätäjän ei perustuslakivaliokunnan mukaan voida katsoa tarkoittaneen kuntaa suurempien alueiden itsehallinnon olevan samanlaista kuin kunnan asukkaiden itsehallinto, jolla on pitkät historialliset perinteet ja nimenomaisesti säädetty erityiset valtiosääntöoikeudelliset takeet (PeVL 26/2017 vp, s. 20).”

markkinavetoisesti. On kuitenkin muistettava, että Sipilän hallituksen sote-malli kaatui muun ohella perustuslakivaliokunnan lausuntoon, jossa puututtiin mahdolliseen markkinapuutetilanteeseen. Perustuslakivaliokunta piti perustuslain vastaisena syntyvää riskiä siitä, että yksityinen palvelutuottaja voisi poistua markkinoilla esimerkiksi konkurssin vuoksi, jolloin kansalaisten hyvinvointipalveluja ei ehkä pystyittäisi turvaamaan. Tämän estämiseksi sote-lakiin lisättiin säännökset hyvinvointialueiden oman palvelutuotannon turvaamisesta.

8.5. Viranomaisten välinen yhteistyö

Hankintalain 16 §:ssä sallitaan hankinnat toiselta hankintayksiköltä. 16 §:n 1 momentin mukaan hankintalakia ei sovelleta hankintayksiköiden väliseen hankintasopimukseen, jolla hankintayksiköt toteuttavat yhteistyössä ja yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi niiden vastuulla olevat yleisen edun mukaiset julkiset palvelut.

Hankintalain 16 §:n 1 kohta perustuu yleisen hankintadirektiivin 12 artiklan 4 ja 5 kohtiin. Myös 16 §:n tarkoittamissa tilanteissa lähtökohtana on, että kyseessä on kaksi tai useampi eri oikeushenkilö. Säännöksen soveltamisala on kuitenkin sikäli joustavampi, ettei sidosyksikön kaikkien edellytysten täyttymistä vaadita.

Hankintalain 16 §:ssä täsmennetään EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kehittyneen niin kutsutun *horisontaalisen yhteistyön* edellytykset⁶⁹, siten kuin ne on viety vuoden 2014 hankintadirektiiveihin. Hankintalain 16 §:llä on implementoitu yleisen hankintadirektiivin 12 artiklan 4 kohdan a alakohdan säännös, jossa todetaan, että ”sopimuksella käynnistetään tai toteutetaan siihen osallistuvien hankintaviranomaisten välinen yhteistyö tavoitteena varmistaa, että julkiset palvelut, jotka niiden on suoritettava, tarjotaan niiden yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi”. Yleisen edun mukaisuudella tarkoitetaan samaa kuin hankintadirektiivin 12 artiklan 4 kohdan b alakohdassa, jossa todetaan, että ”kyseisen yhteistyön toteuttamista ohjaavat ainoastaan yleiseen etuun liittyvät näkökohdat”.

Lainkohdan tarkoituksena on ”mahdollistaa todellinen yhteistyö hankintayksiköiden välillä” ilman, että yhteistyön toteuttamisessa niiden olisi kilpailutettava lain mukaisesti hankintansa toisiltaan. Hankintadirektiivin johdanto-osan 33 perustelukappaleen mukaisesti hankintayksiköiden on voitava

⁶⁹ Ks. esim. ratkaisuja C-480/06, komissio vastaan Saksa (EU:C:2009:357) sekä C-159/11, Lecce).

päättää suorittaa julkisia palvelujaan yhteisesti tekemällä yhteistyötä ilman, että niiltä vaadittaisiin kilpailuttamatta jättämisen perusteeksi tiettyä oikeudellista muotoa, kuten esimerkiksi yhteistä sidosyksikköä.

Yhteistyön tulee olla *todellista* siten, että siihen osallistuvat hankintayksiköt toteuttaisivat yhteistyön piiriin kuuluvia palveluja myös ilman yhteistyötä. Direktiivin johdanto-osan mukaan yhteistyö voi sisältää kaikenlaisia toimintoja, jotka kuitenkin liittyvät osallistuville viranomaisille osoitettujen tai niiden suoritettavakseen ottamien palvelujen suorittamiseen ja velvollisuuksien hoitamiseen. Tällaisia ovat esimerkiksi paikallis- tai alueviranomaisten pakolliset tai vapaaehtoiset tehtävät taikka palvelut, jotka on annettu julkisoikeudellisesti tietyille yksiköille. Osallistuvien eri viranomaisten suorittamien palvelujen ei tarvitse välttämättä olla samanlaisia, vaan ne voivat olla myös toisiaan täydentäviä.

Lainkohdassa tarkoitettun yhteistyön edellytys ei direktiivin johdanto-osan mukaan tarkoita, että kaikki osallistuvat viranomaiset vastaavat pääasiallisten sopimusvelvoitteiden suorittamisesta, kunhan ne ovat sitoutuneet tekemään osansa kyseisen julkisen palvelun suorittamisesta yhteistoiminnassa. Lisäksi direktiivin johdanto-osan mukaan vain yleiseen etuun liittyvät näkökohdat saisivat ohjata yhteistoiminnan toteuttamista sekä siihen sisältyviä hankintaviranomaisten välisiä varojen siirtoja.

Hankintalain 16 §:ssä tarkoitettuna yhteistyönä voidaan pitää esimerkiksi kuntien tai kuntayhtymien välistä kuntalain mukaista yhteistoimintaa tai valtion ja kunnan välistä yhteistoimintaa. Kuntien osalta kuntien välisen yhteistoiminnan ja ehdotetussa pykälässä tarkoitettun yhteistyön rajapintaa on käsitelty kuntalain 50 §:ssä ja sen yksityiskohtaisissa perusteluissa. Hankintalain 16 § ei sovellu lakisääteiseen yhteistoimintaan eikä toimivallan tai järjestämisvastuun siirtoon, sille ne jäävät muutoinkin hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle (KKO:2013:1).

On hyvä havaita, että hankintalain 16 § tarjoaa jatkossakin mahdollisuuksia kuntien väliselle yhteistyölle, ilman että sidosyksikön oikeudellisten edellytysten tulisi olla käsillä. Mikäli kotimaista sidosyksikkösääntelyä muutetaan sen käyttöalaa merkittävästi supistavalla tavalla, lain 16 §:n merkitys tulee lisääntymään. Säännöksellä on jo nykyisinkin merkitystä kuntakentässä tapahtuvan verkostomaisen yhtistyön toteuttamisessa.]

9. Johtopäätökset

Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategiaan tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti. EU:n hankintadirektiiveissä tai EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä sidosyksikön omistusosuutta tai omistajien määrää ei ole rajoitettu.

Sidosyksiköiden ja sidosyritysten taloudellisia hyötyjä ja haittoja voidaan tutkia vertaamalla toisiinsa sidosyksikön tuottamia synergiahyötyjä ja kilpailun mahdollisesta vähenemisestä aiheutuvia haittoja. Jotta vältetään merkittävät hyvinvointitappiot, ennen mahdollisia lainsäädäntötoimia tulee selvittää perusteellisesti, mitkä olisivat eri ratkaisujen hyödyt ja haitat.

EU:n hankintadirektiivit eivät sinänsä estä sidosyksiköiden toiminnan rajoittamista kansallisella lainsäädännöllä. Lakiesitysten on läpäistävä EU-oikeudellinen seula, mutta lisäksi niiden on oltava Suomen perustuslain mukaisia.

Mielestäni voidaan perustellusti tulkita asiaa siten, että hallitusneuvotteluihin viety esitys, jonka mukaan inhouse-yhtiön minimiomistus tulisi olla 10, 15 tai jopa 20%, rikkoisi toteutuessaan perustuslain 121 §:ää, koska sillä puututtaisiin hyvin merkittäväällä tavalla kunnan taloudelliseen itsehallintoon.

Samoin voidaan perustellusti katsoa, että vaatimus kilpailuttaa kaikki hankinnat, mikäli yksityistä palvelutuotantoa löytyy, rikkoisi perustuslain 121 §:ssä turvattua kuntien itsehallintoa vastaan. Lisäksi se saattaisi johtaa siihen, ettei palvelutuotantoa voitaisi turvata sote-lainsäädännön ja perustuslakivaliokunnan vaatimalla tavalla.

Helsingissä 17. päivänä toukokuuta 2023

Petri Kuoppamäki

Yritysjuridiikan professori, oikeustieteen tohtori

kauppa oikeuden ja oikeustaloustieteen dosentti