

Sidosyksiköiden ulosmyynti kilpailuneutraliteetin näkökulmasta

Lapin yliopisto
Maisteritutkielma
Ville Ikäheimonen
Oikeustiede
2019

Lapin yliopisto, Oikeustieteiden tiedekunta**Työn nimi:** Sidosyksiköiden ulosmyynti kilpailuneutraliteetin näkökulmasta**Tekijä:** Ville Ikäheimonen**Opetuskokonaisuus ja oppiaine:** Kauppa-oikeus**Työn laji:** Tutkielma X Laudaturtyö__ Lisensiaatintyö__ Kirjallinen työ__**Sivumäärä:** XVII + 86**Vuosi:** 2019**TIIVISTELMÄ**

Tutkimuksen kohteena on Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muotoutunut sidosyksikköpoikkeus, mikä mahdollistaa hankintayksiköille julkisten hankintojen tekemisen ilman hankintadirektiiveissä ja jäsenvaltioiden kansallisissa hankintalaeissa määriteltyä kilpailuttamisvelvollisuutta hankintayksiköiden alaisilta sidosyksiköiltä. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä varsin tiukkarajaiseksi muotoutuneeseen sidosyksikköpoikkeukseen verrattuna uusi klassisen sektorin hankintadirektiivi sisälsi huomattavia oikeuskäytännöstä poikkeavia sääntelyratkaisuja, mikä aiheutti julkisiin hankintoihin erikoistuneiden tutkijoiden keskuudessa huolta kilpailuneutraliteetin vaarantumisesta hankintayksiköiden hyödyntäessä sidosyksikköpoikkeusta toimintansa organisoimiseen. Suomessa hankintadirektiivin sidosyksikköartikkelia kansalliseen hankintalakiin implementoitaessa kilpailuneutraliteetin turvaaminen nousikin keskeiseen asemaan, minkä seurauksesta hankintalain sidosyksikkösääntöön valittiin hankintadirektiiviä huomattavasti tiukempi sääntelyratkaisu, erityisesti niin sanotun sidosyksikköpoikkeuksen kohdistumiskriteerin osalta. Valittua sääntelyratkaisua perusteltiin erityisesti kilpailuneutraliteetin turvaamisella.

Tutkielmassa tarkastellaan sidosyksikköpoikkeuksen muotoutumista Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön, uuden klassisen sektorin hankintadirektiivin ja Suomessa valittujen sääntelyratkaisuiden kautta. Sidosyksiköiden ulosmyynnistä mahdollisesti aiheutuvan kilpailuneutraliteetin vaarantumisen keskeiseksi tekijäksi tunnistetaan sidosyksiköiden erityinen luonne verovaroin rahoitetun hankintayksikön alaisuudessa sekä sidosyksikön ja hankintayksikön välillä solmittu ja markkinaehtoisesta sopimuksesta tavalla tai toisella poikkeava sopimus. Sidosyksiköiden ulosmyynnin negatiivisia vaikutuksia kilpailuneutraliteettiin tarkastellaan tunnistamalla kilpailun neutraalisuuden vaarantavat toimintatavat, joista keskeisessä asemassa on sidosyksikön ulosmyynnissä noudatettava hinnoittelukäytäntö. Lisäksi esitetään keinoja, joiden avulla hankintayksiköt voivat ehkäistä kilpailuneutraliteetin vaarantumista hyödyntäessään sidosyksikköjä toimintansa organisoimiseen sekä tutkitaan sidosyksiköiden ulosmyynnin kilpailuneutraliteettivaikutuksen määrälliseen rajoittamiseen tähtäävää hankintalain sidosyksikkösääntelyä.

Sääntelyratkaisun vaikutuksia hankintayksiköiden mahdollisuuksiin organisoida toimintaansa sidosyksikköpoikkeuksen avulla sivutaan tutkielmassa hankintayksiköiden edustajien lainsäädäntövaiheessa esittämän kritiikin kautta. Tutkielman johtopäätöksinä esitetään, että hankintalain 15 §:ssä on riittävällä tavalla huomioitu hankintadirektiivin sidosyksikkösääntelystä mahdollisesti seuraavat kilpailuneutraliteettiongelmat, mutta tiukempi sääntely ei yksistään riitä poistamaan sidosyksiköiden ulosmyynnin mahdollisia negatiivisia vaikutuksia kilpailuneutraliteettiin. Hankintayksiköille jää yhä keskeinen rooli kilpailuneutraliteetin turvaamisessa niiden hyödyntäessä sidosyksikköpoikkeusta. Tutkielmassa lainsäädäntöä, oikeuskirjallisuutta ja oikeuskäytäntöä on seurattu 28.2.2019 asti.

Avainsanat: Julkiset hankinnat, valtioneuvoston sääntely, sidosyksikkö, kilpailuneutraliteetti

Sisällysluettelo

1.	JOHDANTO.....	1
1.1.	Sidosyksiköiden ulosmyynti on osa julkisen sektorin harjoittaman markkinatoiminnan kokonaisuutta.....	1
1.2.	Tutkielman rakenne, rajaukset ja tutkimuskysymykset	2
2.	SIDOSYKSIKKÖ OIKEUSKÄYTÄNNÖN JA LAINSÄÄDÄNNÖN VALOSSA.....	7
2.1.	Sidosyksikkö poikkeuksena julkisten hankintojen kilpailuttamisvelvollisuudesta.....	7
2.2.	Hankintasäätelyn rooli Euroopan unionin sisämarkkinoiden toteuttamisessa ja jäsenvaltioiden oikeus tuottaa hyödykkeet omilla voimavaroillaan	9
2.3.	Sidosyksikkö unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa	11
2.3.1.	Hankintayksikön riittävä kontrolli sidosyksiköstä	11
2.3.2.	Sidosyksikön toiminnan riittävä kohdistuminen hankintayksikköön.....	22
2.3.3.	Yksityisen omistuksen kieltä sidosyksikössä.....	27
2.4.	Uuden klassisen sektorin hankintadirektiivin eroavaisuudet verrattuna unionin tuomioistuimen sidosyksikköjä koskevaan oikeuskäytäntöön.....	32
2.5.	Hankintalain säätelyn poikkeavuus hankintadirektiivin sidosyksikkösäätelystä	35
3.	KILPAILUNEUTRALITEETTI – TAVOITTEENA TASAPUOLISET KILPAILUOLOSUHTEET	38
3.1.	Kilpailuneutraliteetin määritelmästä	38
3.2.	Kilpailuneutraali oikeusjärjestys OECD:n raporttien valossa.....	40
3.2.1.	Julkisen elinkeinotoiminnan harjoittamiseen käytettävän yhtiömuodon yhdenmukaistaminen.....	42
3.2.2.	Markkinaehtoisen ja ei-markkinaehtoisen toiminnan tosiasiallisten kustannusten tunnistaminen ja erottaminen toisistaan	44
3.2.3.	Kilpailtuja markkinoita vastaavan palautuksen saaminen toimintaan investoidulle pääomalle.....	46
3.2.4.	Julkiset hankinnat.....	48
3.3.	Kilpailuneutraliteettisäätely ja sen valvonta Suomessa.....	50
3.3.1.	Kilpailu- ja kuluttajaviraston keskeinen rooli kilpailuneutraliteetin valvonnassa.....	50
3.3.2.	KKV:n toimivalta valvoa laittomia suora hankintoja.....	51

4.	SIDOSYKSIKÖT KILPAILUN TASAPUOLISUUDEN MAHDOLLISINA VAARANTAJINA	
	55	
4.1.	Yleisesti sidosyksiköiden ulosmyynnin vaikutuksesta kilpailuneutraliteettiin	55
4.2.	Sidosyksikön mahdollisesti harjoittama ristisubventointi ja ei-markkinaehtoinen hinnoittelu kilpailun vääristäjänä.....	57
4.2.1.	Ristisubventointi hankintayksikölle suoritettavan toiminnan ja ulosmyynnin välillä... 57	
4.2.2.	Markkinaehtoisen hinnoittelun valvonta ja KKV:n suuntaviivat markkinaehtoiseen hinnoitteluun.....	58
4.3.	Kuntalain yhtiöittämisvelvollisuus ja sidosyksiköt	60
4.4.	Voiko sidosyksikön hankintayksiköltä saama ei-markkinaehtoinen sopimus muodostaa SEUT 107 - 108 artikloissa tarkoitettua valtiontukea?	62
4.4.1.	Valtiontukisääntelyn soveltamisala ja suhde julkisiin hankintoihin	62
4.4.2.	Kielletyn valtiontuen kriteereiden täyttyminen ja soveltuminen sidosyksiköiden toimintaan.....	64
4.4.3.	Kuinka hankintayksiköt voivat huomioida valtiontukeen liittyvät riskit käyttäessään sidosyksikköjä toimintansa organisoimiseen?.....	68
4.5.	Sidosyksiköille sallitun ulosmyynnin enimmäismäärän vaikutus kilpailuneutraliteettiin	72
4.5.1.	Hankintalain tiukka sidosyksiköiden ulosmyyntiraja keinona ehkäistä kilpailun vääristymistä.....	72
4.5.2.	Sidosyksikön toimintaa vastaavan markkinaehtoisen toiminnan puuttumisen toteaminen avoimuusilmoituksella.....	76
4.5.3.	Sidosyksikköpoikkeus keskimääräisesti alle 100 000 eurolla ulosmyyntiä harjoittavien sidosyksiköiden osalta.....	79
4.6.	In house sisters -hankinnat, käänteiset sidosyksikköhankinnat ja yksityisen pääoman kieltä sidosyksikössä.....	80
4.6.1.	In house sisters -hankintojen ja käänteisten sidosyksikköhankintojen määritelmä ja soveltamisala	80
4.6.2.	Yksityisen omistuksen kieltä hankintalaissa	82
5.	JOHTOPÄÄTÖKSET	84

LÄHDELUETTELO

Kirjat

Aalto-Setälä, Ilkka – Aine, Antti – Lehto, Petri – Piekkala, Henriikka – Stenborg, Markku – Virtanen, Pertti: Kilpailunrajoitukset: Lainsäädäntö käytännössä. Tallinna 2016. (Aalto-Setälä ym. 2016)

Arrowsmith, Sue – Linarelli, John – Wallace, Don Jr: Regulating Public Procurement. Kluwer Law International 2000. (Arrowsmith ym. 2000)

Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement – regulation in the EU and the UK 3rd edition. Sweet & Maxwell 2014. (Arrowsmith 2014)

Bovis, Christopher H.: EU Public Procurement Law 2nd edition. Edward Elgar Publishing Ltd 2012. (Bovis 2012)

Caranta, Roberto: The In-House Providing: The Law as It Stands in the EU. Teoksessa The In-house Providing in European Law. DJØF Publishing 2010. (Caranta 2010)

Craig, Paul ja de Búrca, Gráinne: EU Law Text Cases, and Materials 5th edition: Oxford University Press 2011. (Paul – de Búrca 2011)

Eskola, Saila – Kiviniemi, Eeva – Krakau, Tarja – Ruohoniemi, Erkko: Julkiset hankinnat. Helsinki 2017. (Eskola ym. 2017)

Falk, Jan-Erik: Lag om offentlig upphandling: en kommentar. Jure 2014. (Falk 2014)

Gordon, Richard QC.: EC Law in Judicial Review. Oxford University Press 2007. (Gordon 2007)

Harjula, Heikki ja Prättälä, Kari: Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat. Alma Talent 2015. Vaatii lukuoikeuden. Vierailtu 28.2.2019. (Harjula – Prättälä 2015)

Hirvonen, Ari: Mitkä metodit? Opas oikeustieteen metodologiaan. Yleisen oikeustieteen julkaisuja. Helsinki 2011. (Hirvonen 2011)

Kaarresalo, Toni: Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa. Helsinki 2007. (Kaarresalo 2007)

Kontio, Annamari – Kronström, Sanna – Kumlin, Aarne – Mäki, Laura: Julkiset hankinnat käsikirja. Keuruu 2017. (Kontio ym. 2017)

Kuoppamäki, Petri: Uusi kilpailuoikeus. Helsinki 2018: Alma Talent. Vierailtu 15.2.2018. Vaatii lukuoikeuden. (Kuoppamäki 2018a)

Ljungman, Jan – Engblom, Ari: Kuntien yhtiöittämisvelvollisuuden jälkeen – kilpailuneutraliteetti, valtiontuki, verosääntely. Defensor Legis N:o 3/2015 s. 459 – 469. (Ljungman – Engblom 2015)

Martin Burgi: Contracting authorities, in-house services and public authorities cooperation. Teoksessa Modernising public procurement: the new directive. DJØF 2014 Toimittajat Lichère, François – Caranta, Roberto – Treumer, Steen. (Burgi 2014)

Määttä, Kalle: Oikeustaloustieteen perusteet. Keuruu 2016. (Määttä 2016)

Määttä, Kalle ja Voutilainen, Tomi: Julkisten hankintojen sääntely. Viro 2017. (Määttä – Voutilainen 2017)

OECD (2012), Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business, OECD Publishing. Saatavissa myös osoitteesta: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264178953-en> . (OECD 2012)

Oinonen, Mika: EU:n ja Suomen kilpailuvalvonta. Liettua 2016. (Oinonen 2016)

Pedersen, Kristian: Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna. Jure 2017. (Pedersen 2017)

Pekkala, Elise – Pohjonen, Mika – Huikko, Katariina – Ukkola, Markus: Hankintojen kilpailuttaminen. Tallinna 2017. (Pekkala ym. 2017)

Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. Alma Talent 2013. Vaatii lukuoikeuden. Vierailtu 28.2.2018. (Raitio 2013)

Rosén Andersson, Helena – Mühlenbock, Eva-Maj – Willqist, Henrik – Svensson, Natalie: Lagen om offentlig upphandling – En Kommentar. Nordets Juridik AB 2013. (Rosén Andersson ym. 2013)

Sauter, Wolf: Public Services in EU Law. Cambridge University Press 2015. (Sauter 2015)

Sánchez-Graells, Albert: Public Procurement and the EU Competition Rules 2nd edition. Hart Publishing 2015. (Sánchez-Graells 2015)

Statens offentliga utredningar: Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor. Tukholma 2011. (SOU 2011)

Sundstrand, Andrea: Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt. Jure 2012. (Sundstrand 2012)

Trepte, Peter: Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation. Oxford University Press 2004. (Trepte 2004)

Ukkola, Markus: Systemic Interpretation in EU Public Procurement Law. Helsinki 2018. (Ukkola 2018)

Valkama, Pekka: Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalveluiden näennäismarkkinoilla. Tampere 2004. (Valkama 2004)

Weisbeek, E.L.: TECKAL REVISITED - An examination of the intended codification of the exceptions of quasi in-house procurement and inter-municipal cooperation. Department of European and International Public Law Tilburg Law School 2013. (Weisbeek 2013)

Artikkelit

Akkermans, Bram and Ramaekers, Eveline: Article 345 TFEU (ex Article 295 EC), Its Meanings and Interpretations. European Law Journal, Vol. 16, No. 3, May 2010, pp. 292–314. (Akkermans – Ramaekers 2010)

Alkio, Mikko: Kilpailuneutraliteetti, yhtiöittämisvaatimus ja taloudellinen toiminta EU:n valtiotukioikeudessa. Defensor Legis N:o 4/2017 s. 692 – 701. (Alkio 2017)

Al-Tabbaa, Ammar: The Ex Ante and Ex Post Application of the Teckal Criteria for In-house Awards. European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review 3/2016 s. 166 – 178. (Al-Tabbaa 2016)

Arrowsmith, Sue: Some problems in delimiting the scope of the Public Procurement Directives: privatisations, purchasing consortia and in-house tenders. Public Procurement Law Review 5/1997 s. 198 – 204. (Arrowsmith 1997)

Avarkioti, Fotini: The Application of EU Public Procurement Rules to "in house" Arrangements. *Public Procurement Law Review* 1/2007 s. 22-35. (Avarkioti 2007)

Baciu, Ioan and Dragos, Dacian C.: Horizontal In-House Transactions vs. Vertical In-House Transactions and Public - Public Cooperation Annotation of the Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 8 May 2014 in Case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg and HochschulInformations-System GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH. *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review* 4/2015 s. 254 – 272. (Baciu – Dragos 2015)

Brown, Adrian: Clarification of the exemption for "in-house" awards of public contracts: the EU Court of Justice ruling in case C-553/15 Undis Servizi Srl v Comune di Sulmona. *Public Procurement Law Review* 3/2017 s. 97 – 101. (Brown 2017)

Brown, Adrian: In-house exemption not available due to the presence of private members in the supplier entity: case C-574/12 Centro Hospitalar de Setubal. *Public Procurement Law Review* 5/2014 s. 133 – 137. (Brown 2014)

Clarke, Charles M.: The CJEU's evolving interpretation of 'Inhouse' arrangements under the EU Public Procurement rules: A functional or formal approach? *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review* 2/2015 s. 111 – 125. (Clarke 2015)

Dethlefsen, Peter: Public services in EU - between state aid and public procurement rules. *Public Procurement Law Review* 3/2007 s. 53 – 64. (Dethlefsen 2007)

Halonen, Kirsi-Maria: Julkisuus, kilpailuneutraliteetti ja julkisomisteiset yhtiöt. *Defensor Legis* N:o 1/2018. (Halonen 2018)

Halonen, Kirsi-Maria: Sidosyksikön toiminnan kohdistumista koskeva vaatimus. *Oikeustieto* 6/2012. (Halonen 2012)

Hausmann, Friedrich Ludwig and Beaujean, Sven: No "Automatic" Similar Control over Private Social Solidarity Institutions in In-house Cases Annotation on the Judgment of the Court of Justice of 19 June 2014 in Case C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE (CHS) and Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) v Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (EUREST). *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review* 3/2014 s. 215 – 218. (Hausmann – Beaujean 2014)

Hausmann, Friedrich Ludwig and Queisner, Georg: In-House Contracts and Inter-Municipal Cooperation – Exceptions from the European Union Procurement Law Should be Applied with Caution. *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review* 3/2013 s. 231 – 237. (Hausman – Queisner 2013)

Hartung, Wojciech and Kuźma, Katarzyna: In-house Procurement – How it is Implemented and Applied in Poland. *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review* 3/2018 s. 171 – 183. (Hartung – Kuźma 2018)

Huikko, Katariina ja Ukkola, Markus: Järjestämisvastuun asema sidosyksikön toiminnan kohdistumisen edellytyksenä. Edilex Edita Publishing Oy 2016. Saatavilla osoitteesta: www.edilex.fi/artikkelit/16856 . (Huikko – Ukkola 2016)

Janssen, Willem.A., (2014). The Institutionalised and Non-Institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law: Towards a More Coherent Approach? *Utrecht Law Review*. 10(5), pp.168–186. Saatavilla osoitteesta: <http://doi.org/10.18352/ulr.307> (Janssen 2014)

Jukka, Leena: Sidosyksikön oikeudellinen asema ja tehokkuus julkisissa hankinnoissa – milloin kilpailuttaminen ei kannata? *Lakimies* 3-4/2018 s. 343 – 362. (Jukka 2018)

Juuti, Arttu – Karlsson, Peter – Salonen, Mia: Julkinen valta markkinoilla – kilpailun edistämisestä kilpailuneutraliteettivalvontaan. Teoksessa *Kilpailuvirastosta markkinavirastoksi*, Juhani Jokisen juhla-kirja. Toimittanut Martina Castrén. Helsinki 2018. (Juuti ym. 2018)

Kaarresalo, Toni: Procuring in-house: the impact of the EC procurement regime. *Public Procurement Law Review* 6/2008 s. 242 – 254. (Kaarresalo 2008)

Kuoppamäki, Petri: Kilpailuoikeudellinen selvitys koskien talous- ja henkilöstöpalveluiden järjestämistä maakuntaudistuksessa. Kuntaliitto. Helsinki 2018. (Kuoppamäki 2018b)

Kuusniemi-Laine, Anna: Kilpailuneutraliteettiperiaate, valtiontuki ja kuntien taloudellisen toiminnan yhtiöittämisvelvollisuus. *Defensor Legis* N:o 4/2014. (Kuusniemi-Laine 2014)

Kuusniemi-Laine, Anna ja Simon-Bellamy, Suzanne: Kilpailuneutraliteetti ja toimiminen kuntamarkkinoilla. Teoksessa *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2016*. Vantaa 2017. (Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017)

Losada, Fernando – Juutilainen, Teemu – Havu, Katri – Vesala, Juha: Property and European Integration: Dimensions of Article 345 TFEU. *Juridiska Föreningen i Finland* 3/2012 s. 203 – 224. (Losada ym. 2012)

McGowan, David: Can horizontal in-house transactions fall within Teckal? A note on case C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem GmbH v Datenlotsen Informationssysteme GmbH. *Public Procurement Law Review* 5/2014 s. 120 – 122. (McGowan 2014)

Määttä, Kalle: Kilpailu ja sääntely. Edilex Edita publishing Oy 2012. Saatavilla osoitteesta www.edilex.fi/lakikirjasto/8881 . (Määttä 2012)

Nicolaidis, Phedon and Schoenmaekers, Sarah: Public Procurement, Public Private Partnerships and State Aid Rules: A Symbiotic Relationship. *European Public Procurement and Public Private Partnership Law Review* 1/2014 s. 50 – 69. (Phedon – Schoenmaekers 2014)

Sánchez-Graells, Albert: Public Procurement and State Aid: Reopening the Debate? *Public Procurement Law Review*, Forthcoming. Saatavilla osoitteesta: <https://ssrn.com/abstract=2037768> (Sánchez-Graells 2012a)

Sánchez-Graells, Albert: Competitive Neutrality in Public Procurement and Competition Policy: An Ongoing Challenge Analyzed in View of the Proposed New Directive (January 24, 2012). 5th International Public Procurement Conference, August 2012. Saatavilla osoitteesta <https://ssrn.com/abstract=1991302> (Sánchez-Graells 2012b)

Smith, Susie: In-house awards to jointly controlled companies - satisfying the control test: Econord SpA cases C-182/11 and C-183/1. *Public Procurement Law Review* 2/2013 s. 32 – 34. (Smith 2013)

Ukkola, Markus: Hankintalainsäädännön soveltamisalasta ja hankintasopimuksesta. *Defensor Legis* N:o 3/2011 s. 290 – 308. (Ukkola 2011)

Ukkola, Markus: Julkisten hankintojen EU-lainsäädännön modernisaatio. *Defensor Legis* N:o 2/2013 s. 259 – 269. (Ukkola 2013)

Valkama, Pekka ja Virtanen, Martti: Julkisen ja yksityisen tuotantotoiminnan välisen kilpailuneutraliteetin analysointi ja kehittäminen – arvioita julkisten työryhmien esityksistä. Teoksessa: *Kilpailuoikeudellinen vuosikirja 2008*. Helsinki 2009. (Valkama – Virtanen 2009)

Weltzien, Kurt: Avoiding the procurement rules by awarding contracts to an inhouse entity - scope of the procurement directives in the classical sector. *Public Procurement Law Review* 5/2005. (Weltzien 2005)

Wiggen, Janicke: Directive 2014/24/EU: the new provision on co-operation in the public sector. *Public Procurement Law Review* 3/2014 s. 83 – 93. (Wiggen 2014)

Wiggen, Janicke: Public procurement law and public-public co-operation: reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission's Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive. *Public Procurement Law Review* 5/2012 s. 225 – 233. (Wiggen 2012)

Williams, Rhodri: Public - public cooperation - Teckal in practice. *Public Procurement Law Review* 1/2012 s. 1-10. (Williams 2012)

Ølykke, Grith Skovgaard ja Andersen, Cecilie Fanøe: State Aid Perspective on Certain Elements of Article 12 of the New Public Sector Directive on In-house Provision. *Public Procurement Law Review*, No. 1, 2015, s. 1-15. (Ølykke – Andersen 2015)

Ølykke, Grith Skovgaard: Commission Notice on the notion of state aid as referred to in article 107(1) TFEU - is the conduct of a public procurement procedure sufficient to eliminate the risk of granting state aid? *Public Procurement Law Review* 5/2016 s. 197 – 212. (Ølykke 2016)

Ølykke, Grith Skovgaard ja Møllgaard, Peter: What is a Service of General Economic Interest? *European Journal of Law and Economics* Vol. 41 Iss.1 2016 s. 205 – 241. (Ølykke – Møllgaard 2016)

EU lainsäädäntö

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY, annettu 31 päivänä maaliskuuta 2004, julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta EUVL L 134/2004, s. 114.

Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta (ETA:n kannalta merkityksellinen teksti). EUVL L 94/2014, s. 65.

Neuvoston direktiivi 92/50/ETY, annettu 18 päivänä kesäkuuta 1992, julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EYVL L 209/1, s. 139.

Neuvoston direktiivi 93/36/ETY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1993, julkisia tavaranhankintoja koskevien sopimustentekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EYVL L 199/1, s. 126.

Neuvoston direktiivi 93/38/ETY, annettu 14 päivänä kesäkuuta 1993, vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. EYVL L 199, s. 84.

Virallislähteet

Alkio, Mikko: Jätelain ja hankintalain yhteensovittaminen yhdyskuntajätehuollossa, loppuraportti 2016. (Alkio 2016)

COMMISSION STAFF WORKING PAPER concerning the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities ('public-public cooperation'). Brussels, 4.10.2011 SEC (2011) 1169 final. (Comission Staff Working paper 2011)

European Commission submission to the OECD on 20 October 2009 for discussion on corporate governance and the principle of competitive neutrality for state-owned enterprises. DAF/COMP/WP3/WD(2009)57. (Komission lausunto OECD:lle)

Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi. (HE 108/2016 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle kuntalaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 268/2014 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi kilpailulain ja oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annetun lain 4 ja 16 §:n muuttamisesta. (HE 40/2013 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kilpailulain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi. (HE 68/2018 vp)

Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta. (HE 32/2013 vp)

Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011: Kilpailukatsaus 2: Viisas sääntely – Toimivat markkinat. Toimittanut Ari Ahonen. Kilpailuvirasto 2011. (Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011)

Kilpailu- ja kuluttajaviraston esitys markkinaoikeudelle 10.4.2018. Dnro KKV/1021/14.00.60/2017.

Kilpailu- ja kuluttajaviraston muistio: Kuntien yhtiöittämisvelvollisuuden noudattamisessa puutteita – kuntien ohjeistukselle tarvetta. Dnro 140/KKV14.00.40/2015 (KKV 2015)

Kilpailu- ja kuluttajaviraston muistio: KKV ja aluehallintovirastot selvittivät kuntayhtymien toimintaa markkinoilla. Dnro 153/14.00.40/2016. (KKV 2017)

Komission tiedonanto Euroopan unionin valtioneuvoston päätöksen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettävään korvaukseen. EUVL 11.1.2012 C 8/4.

Komission tiedonanto Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetusta valtiontuen käsitteestä. EUVL 19.7.2016 C 262/1.

Kuntaliiton lausunto 27.9.2016 Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle hallituksen esityksestä HE 108/2016 vp hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi (Kuntaliiton lausunto Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle 27.9.2016)

Kuntaliiton lausunto 6.10.2016 Eduskunnan hallintovaliokunnalle hallituksen esityksestä HE 108/2016 vp hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi (Kuntaliiton lausunto Eduskunnan hallintovaliokunnalle 6.10.2016)

Kuntaliiton lausunto Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle 14.9.2016 Hallituksen esityksestä uudeksi hankintalainsäädännöksi. (Kuntaliiton lausunto Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle 14.9.2016)

Kuntaliiton täydentävä lausuma 14.11.2016 Eduskunnan talousvaliokunnalle hallituksen esityksestä HE 108/2016 vp hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi. (Kuntaliiton täydentävä lausuma Eduskunnan hallintovaliokunnalle 14.11.2016)

Kuntaliiton täydentävä lausuma eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016 hallituksen esityksestä HE 108/2016 vp hallituksen esitys uudeksi hankintalainsäädännöksi. (Kuntaliiton täydentävä lausuma Eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016)

Pohjonen, Mika: Kunnallisen jätteenkäsittelyinfran avaaminen yksityisille toimijoille: Selvitys toteuttamisvaihtoehdoista ja lainsäädännöllisistä reunaehdoista 2017. (Pohjonen 2017)

PTCServices Oy:n lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 6.10.2016.

Talousvaliokunnan mietintö eduskunnalle hallituksen esityksestä hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi. (TaVM 31/2016 vp)

Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja: Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. Työ- ja elinkeinoministeriö 2015. (TEM 37/2015)

Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja: Julkisen elinkeinotoiminnan kilpailuneutraliteetti 23/2009. Edita 2009. (TEM 23/2009)

Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja: Kilpailulain uudistamista koskevan työryhmän mietintö. Työ- ja elinkeinoministeriö 2017. (TEM 16/2017)

Internetlähteet:

Kuusniemi-Laine, Anna: 26.5.2015 järjestettyä Lakimiesliiton koulutustilaisuutta varten luotu esitys. Saatavilla osoitteesta: <https://www.slideshare.net/AnnaKuusniemiLaine/julkiset-hankinnat-valtiontuki-ja-kilpailuneutraliteetti-5376417-2> . Vierailtu 7.2.2019. (Kuusniemi-Laine 2015)

Kilpailu- ja kuluttajavirasto: <https://www.kkv.fi/Tietoa-ja-ohjeita/kilpailuasiat/kilpailuneutraliteetti/> vierailtu 8.12.2017.

Suomen yrittäjät Ry: <https://www.yrittajat.fi/blogit/kiertavatko-kunnat-kilpailutusta-laittomasti> vierailtu 8.12.2017

Elinkeinoelämän keskusliitto: <https://ek.fi/ajankohtaista/uutiset/2015/05/13/markkinahairikot-kuriin-hankintalakia-valvottava/> vierailtu 8.12.2017

OIKEUSKÄYTÄNTÖ

Komission päätökset

COMMISSION DECISION of 30.8.2016 ON STATE AID SA.38373 (2014/C) (ex 2014/NN) (ex 2014/CP) implemented by Ireland to Apple

KOMISSION PÄÄTÖS, tehty 11 päivänä joulukuuta 2007, valtiontuesta C 7/06 (ex NN 83/05), jonka Suomi on myöntänyt Tieliikelaitokselle/Destialle

State aid N 406/2009 – Germany (Free State of Bavaria). Risk Capital Scheme Clusterfonds Seed GmbH & Co. KG.

State Aid SA.30679 (E 2/2010) Finland, Aid to municipality-owned agencies in Finland

Unionin ja yhteisöjen tuomioistuimen tuomiot

Unionin tuomioistuimen tuomio 22.12.2010 asiassa C-215/09, Mehiläinen Oy ja Terveystalo Healthcare Oy vastaan Oulun kaupunki. (*Mehiläinen*)

Unionin tuomioistuimen tuomio 29.11.2012 yhdistetyissä asioissa, C-182/11 ja C-183/11 Econord SpA vastaan Comune di Cagno ja Econord SpA vastaan Comune di Solbiate ja Comune di Varese. (*Econord*)

Unionin tuomioistuimen tuomio 19.6.2014 asiassa C-574/12, Centro Hospitalar de Setúbal EPE ja Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) vastaan Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda. (*SUCH*)

Unionin tuomioistuimen tuomio 8.12.2016 asiassa C-553/15, Undis Servizi Srl vastaan Comune di Sulmona, Cogesa SpA:n osallistuessa asiaan. (*Undis Servizi Srl*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 24.1.1978 asiassa 82/77, Alankomaiden kuningaskunnan Openbaar Ministerie vastaan Jacobus Philippus van Tiggele. (*Van Tiggele*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 17 päivänä syyskuuta 1980 asiassa 730/79, Philip Morris Holland BV vastaan Euroopan yhteisöjen komissio. (*Phillip Morris*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 18.11.1999 asiassa C-107/98, Teckal Srl vastaan Comune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. (*Teckal*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 23.7.2003 asiassa C-280/00 Altmark Trans GmbH ja Regierungspräsidium Magdeburg vastaan Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH. (*Altmark Trans*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 29.4.2004 asiassa C-496/99 P, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Cas Succhi di Frutta SpA. (*Succhi di Frutta*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 21.7.2005 asiassa C-231/03, Consorzio Aziende Metano vastaan Comune di Cingia de' Botti. (*Coname*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 13.10.2005 asiassa C-458/03, Parking Brixen GmbH vastaan Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG. (*Parking Brixen*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 11.1.2005 asiassa C26/03, Stadt Halle ja Recyclingpark Lochau GmbH vastaan Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. (*Stadt Halle*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 10.11.2005 asiassa C-29/04, Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Itävallan tasavalta. (*Mödling tai komissio vastaan Itävalta*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 8.4.2006 asiassa C-337/05, Euroopan yhteisöjen komission vastaan Italian tasavalta. (*Agusta*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 6.4.2006 asiassa C-410/04, Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) vastaan Comune di Bari ja AMTAB Servizio SpA. (*ANAV*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 11.5.2006 asiassa C-340/04, Carbotermo SpA ja Consorzio Alisei vastaan Comune di Busto Arsiziano ja AGESP Sp. (*Carbotermo*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 19.4.2007 asiassa C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vastaan Transformación Agraria SA ja Administración del Estado. (*Asemfo*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 19.6.2008 asiassa C-454/06, presstext Nachrichtenagentur GmbH vastaan Republic Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH ja APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung. (*Presstext*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 13.11.2008 asiassa C-324/07, Coditel Brabant SA vastaan Commune d'Uccle ja Région de Bruxelles-Capitale. (*Coditel*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 9.6.2019 asiassa C-480/06, Euroopan komissio vastaan Saksa. (komissio vastaan Saksa)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 10.9.2009 asiassa C-573/07, Sea Srl vastaan Comune di Ponte Nossola. (*Sea*)

Yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 15.10.2009 asiassa C-196/08, Acoset SpA vastaan Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa, Provincia Regionale di Ragusa, Comune di Acate (RG), Comune di Chiamonte Gulfi (RG), Comune di Comiso (RG), Comune di Giarratana (RG), Comune di Ispica (RG), Comune di Modica (RG), Comune di Monterosso Almo (RG), Comune di Pozzallo (RG), Comune di Ragusa, Comune di Santa Croce Camerina (RG), Comune di Scicli (RG) ja Comune di Vittoria (RG). (*Acoset*)

Korkein hallinto-oikeus

KHO 2011:24

KHO 2012:61

KHO 2016 taltio 232

Markkinaoikeus

MAO 139/08

MAO 119/09

MAO 120/09

MAO 56/10

MAO 257/10

MAO 189/14

MAO 559/15

MAO 522/16

MAO 146/17

MAO 841/17

MAO 842/17

MAO 207/18

MAO 64/19

LYHENNELUETTELO

ECR	European Court Records
EUVL	Euroopan unionin virallinen lehti (1.2.2003 jälkeen)
EYVL	Euroopan yhteisön virallinen lehti (1.2.2003 ennen)
HE	Hallituksen esitys
KKV	Kilpailu- ja kuluttajavirasto
SEUT	Sopimus Euroopan Unionin toiminnasta
TaVM	Talousvaliokunnan mietintö
TEM	Työ- ja elinkeinoministeriö

1. JOHDANTO

1.1. Sidosyksiköiden ulosmyynti on osa julkisen sektorin harjoittaman markkinatoiminnan kokonaisuutta

Tutkielmassa tarkastelun kohteena ovat julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetussa laissa (2016/1397, hankintalaki) säännellyt sidosyksiköt ja niiden markkinoille suuntautuva toiminta (ulosmyynti). Hankintalaissa sidosyksiköille sallittu palveluiden, tavaroiden ja urakoiden ulosmyynti on yksi monista julkisen sektorin kilpailuille markkinoille suuntautuvista toiminnan muodoista.¹ Julkisella sektorilla on ollut pohjoismaisen hyvinvointivaltion näkökulmasta katsottuna keskeinen rooli erityisesti niin sanottujen peruspalveluiden tarjoajana ja tuottajana.

Julkisten palveluiden tuottamiseen käytettyjen toiminnan muotojen monipuolistuessa ja markkinoiden kasvaessa sekä muuttaessa muotoaan yhteiskunnallisen kehityksen seurauksesta, myös julkisen sektorin tuottaman palvelutarjonnan voidaan nykypäivänä yhä useammin katsoa täyttävän markkinatoiminnan tunnusmerkit.² Suomessa valtio ja kunnat ovat erilaisia palveluja tuottaessaan turvautuneet vaihteleviin toiminnan organisaatiomuotoihin. Toimintaa varten on saatettu perustaa liikelaitos tai yhtiö, tehtävä on annettu viranomaisen hoidettavaksi, taikka kunnan tai valtion omistamalle yritykselle on mahdollisesti annettu julkinen palveluvelvoite. Valittuja ratkaisuja on perusteltu vaihtelevin argumentein esimerkiksi riittävän kattavien ja laadukkaiden palveluiden turvaamisella.

Julkisoikeudellisten tai julkisomisteisten oikeushenkilöiden tarjotessa palveluitaan myös kilpailuille markkinoille keskeiseksi seikaksi nousee kilpailun tasapuolisuuden turvaaminen yksityisen ja julkisen sektorin välillä, koska julkisoikeudelliset oikeushenkilöt ovat tyypillisesti verovaroin rahoitettuja suoraan tai välillisesti. Oikeushenkilöiden rahoituksen perustuminen pääasiallisesti verovaroihin luo niille kilpailuetuja yksityisiin markkinatoimijoihin nähden, mikä voi osaltaan johtaa kilpailun vääristymiseen. Näin ollen vaakaan asettuvat toisaalta kansalaisten tarpeet tyydyttävien, kustannustehokkaiden ja saavutettavissa olevien

¹ Sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintalain 15 §:n mukaisesti 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.

² Ks. Juuti ym. 2018, s. 263.

palveluiden turvaaminen sekä toisaalta toimivan, tasapuolisen ja tehokkaan kilpailun mahdollistaminen markkinoilla julkisten ja yksityisten yritysten välillä.

Tarkastelun kohteena on tällöin kilpailuneutraliteetiksi kutsuttu ilmiö.³ Esimerkiksi Suomessa julkisoikeudellisten rakenteiden suojusta harjoitetusta markkinatoiminnasta kumpuaviin kilpailuneutraliteettiongelmiin on herätty lainsäädännön tasolla 2000-luvulla muun muassa asettamalla kunnille velvollisuus yhtiöittää liikelaitoksensa, jos ne tarjoavat palveluitaan vähäistä suuremmissa määrin myös kilpailuilla markkinoilla.⁴ Kyseistä sääntelykonaisuutta on Suomessa kutsuttu kilpailuneutraliteettisääntelyksi, mutta kilpailuneutraliteettisääntely laajassa mielessä kattaa paljon muutakin. Tässä tutkielmassa kilpailuneutraliteettia tarkastellaan erityisesti julkisen ja yksityisen sektorin toimijoiden tasapuolisten toimintaedellytysten näkökulmasta.

On kuitenkin syytä huomauttaa, että julkisen elinkeinotoiminnan kilpailuneutraliteettia selvittäneen työryhmän mukaan Suomessa kilpailuneutraliteettiongelmiin synnyn taustalla on ainakin aikaisemmin ollut pääasiassa toimintojen yleistyvä markkinaehtoistuminen, eikä niinkään julkisten markkinatoimijoiden tietoinen tavoite ryhtyä kilpailemaan yksityisen yritystoiminnan kanssa.⁵

1.2. Tutkielman rakenne, rajaukset ja tutkimuskysymykset

Tutkielman tarkoituksena on selvittää minkälaisia kilpailuetuja vuonna 2017 voimaantulleen hankintalain 15 §:n mukaiset sidosyksiköt nauttivat sidosyksikkösuhteen ansiosta niiden harjoittaessa palveluiden, tavaroiden tai urakoiden ulosmyyntiä. Yksityiskohtaisemman tarkastelun kohteena on erityisesti se, voivatko nämä kilpailuedut heikentää yksityisen sektorin toimijoiden mahdollisuuksia kilpailla tasaväkisesti sidosyksiköiden kanssa. Hankintalailla implementoitiin Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta (jatkossa klassisen sektorin hankintadirektiivi, hankintadirektiivi tai direktiivi).⁶

³ Kilpailuneutraliteetin määritelmästä ks. tarkemmin tutkielman jakso 3.1.

⁴ Ks. Ljungman – Engblom 2015, s. 459–460.

⁵ Ks. TEM 23/2009, s. 58.

⁶ Ks. EUVL L 94/2014, s. 65.

Direktiivissä on - lukuisten hankintamenettelyn keventämiseen ja sujuvoittamiseen tähtäävien uudistusten lisäksi - ensimmäistä kertaa kodifioitu unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostunut sidosyksikkösääntely, johon hankintalain sidosyksikkösääntely pääosin myös perustuu.⁷ Hankintalain sidosyksikkösääntely poikkeaa kuitenkin direktiivistä huomattavasti tiukempaan suuntaan sidosyksikön toiminnan kohdistumista koskevan vaatimuksen osalta. Tiukempaa sääntelyratkaisua perusteltiin hallituksen esityksessä sidosyksiköiden mahdollisesti harjoittaman ulosmyynnin aiheuttamilla kilpailuneutraliteettiongelmissa.⁸ Kattavia selvityksiä ja vaikutusarvioita perustelujen tueksi ei kuitenkaan esitetty hankintalakia säädettäessä, mitä erityisesti Kuntaliitto kritisoi.⁹

Tutkielmassa pyritään vastamaan seuraaviin tutkimuskysymyksiin: Minkälaisia kilpailuneutraliteettiongelmiä sidosyksiköt voivat harjoittamallaan ulosmyynnillä synnyttää? Minkälaisia sääntelyratkaisuita Suomessa on valittu näiden mahdollisten kilpailuneutraliteettiongelmiä ehkäisemiseksi? Ovatko valitut sääntelyratkaisut riittäviä ja minkälaisia rajoituksia ne asettavat sidosyksikköpoikkeuksen hyödyntämiselle?

Yksityiskohtaisemman tarkastelun kohteina ovat hankintalain hallituksen esityksessä ja oikeuskirjallisuudessa esitetyt väitteet sidosyksiköiden ulosmyynnin kilpailuneutraliteettivaikutuksista sekä hankintalain sääntelyratkaisun vaikutukset Suomessa. Tutkielma on jaettu viiteen pääluokkaan, joista ensimmäinen on luonnollisesti johdanto. Toisessa pääluvussa tarkastellaan sidosyksikön käsitettä ja sen kehittymistä unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa. Kolmannessa pääluvussa luodaan kuva kilpailuneutraliteetista monitahoisena ilmiönä OECD:n raporttien, oikeuskirjallisuuden, sekä Suomessa kilpailuneutraliteettia valvovan Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvontakäytännön valossa. Neljännessä pääluvussa tarkastelussa ovat sidosyksiköiden väitettyjen kilpailuneutraliteettiongelmiä taustatekijät, hankintalain sääntelyratkaisu ja sen vaikutukset Suomessa. Viides ja samalla viimeinen pääluokka sisältää johtopäätökset.

⁷ Sidosyksiköitä koskeva unionin tuomioistuimen sääntely on kodifioitu direktiiviin osittain hieman muunneltuna. Direktiivitasoinen sääntely on askel oikeaan suuntaan erityisesti oikeusvarmuutta ajatellen. Direktiivistä ja sen yksityiskohtaisimmista säännöksistä sidosyksikköjä koskien ks. tutkielman jakso 2.4. alla.

⁸ Ks. *HE 108/2016*, s. 48 ja 105–106.

⁹ Ks. Kuntaliiton lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 6.10.2016, s. 4. Kuntaliiton esittämästä kritiikistä laajemmin ks. Kuntaliiton lausunto Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle 27.9.2016, Kuntaliiton lausunto Eduskunnan sosiaali- ja terveystieteiden valiokunnalle 14.9.2016, Kuntaliiton täydentävä lausuma Eduskunnan hallintovaliokunnalle 14.11.2016 ja Kuntaliiton täydentävä lausuma Eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016.

Sidosyksiköiden hyödyntämistä koskevan tarkastelun ulkopuolelle tutkielmassa jää hankintayksiköiden suorittama taloudellinen tarkoituksenmukaisuusharkinta toiminnan organisomisesta sidosyksikön avulla ja toiminnan ulkoistamisen välillä.¹⁰ Tutkielman ulkopuolelle on rajattu uuden hankintalain 16 §:n mukaiset hankinnat toiselta hankintayksiköltä (niin sanottu horisontaalinen yhteistyö), vaikka hankintayksiköiden yhteistyötä määrittävä sääntelyratkaisu on lähes identtinen sidosyksiköiden sääntelyratkaisun kanssa ja sitä perusteltiin samoilla kilpailuneutraliteetin turvaamiseen perustuvilla argumenteilla.¹¹ Rajauksen syynä on hankintalain 16 §:n soveltamisalan eroavaisuudet suhteessa sidosyksikkösääntelyyn ja oma unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntönsä, jonka perusteelliseen läpikäymiseen ei tutkielman rajatun sivumäärän johdosta ole mahdollisuutta. Tutkielmassa ei myöskään käsitellä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1398/2016, erityisalojen hankintalaki) 25 §:n mukaista sidosyksikköpoikkeusta, jota koskeva sääntely säilyi käytännössä muuttumattomana myös uudessa erityisalojen hankintalaissa¹².

Tutkielman ulkopuolelle on rajattu myös markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden sidosyksiköitä koskevan oikeuskäytännön yksityiskohtainen käsittely. Syynä rajaukseen on sidosyksikkösääntelyn perustuminen unionin tuomioistuimen kansallisia tuomioistuinta velvoittavaan oikeuskäytäntöön. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisut ovat noudatelleet pitkälti unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muotoutunutta sidosyksikkösääntelyä, joten kansallisen oikeuskäytännön perusteellinen läpikäyminen ei tuo tutkielmalle merkittävää lisäarvoa.¹³ Kansalliseen oikeuskäytäntöön viitataan tästä syystä poikkeuksellisesti lähinnä alaviitteissä. Tutkielmassa ei myöskään käsitellä kattavasti

¹⁰ Sidosyksiköiden hyödyntämisen ja ulkoistamisen välillä suoritettavaa punnintaa ja siihen liittyvää päätöksentekoa on tarkastellut lähiaikoina *Jukka*. Ks. *Jukka* 2018, s. 343–362.

¹¹ Horisontaalisen ja vertikaalisen yhteistyön (sidosyksiköt) välisistä eroavuuksista ks. tarkemmin esimerkiksi Baciú – Dragos 2015, s. 254–272. Keskeisiä horisontaalisen yhteistyön oikeustapauksia ovat käsitelleet Hausmann ja Queisner. Ks. Hausman – Queisner 2013, s. 231–237. Ks. myös McGowan 2014, Pedersen 2017 s. 53, Wiggen 2012, s. 7–8 ja SOU 2011, s. 112–117.

¹² Erityisalojen hankintalain jättäminen tutkielman ulkopuolelle perustuu lisäksi erityisalojen hankintalain hie-man väljempään sääntelykehikseen verrattuna klassisen hankintalain sääntelyyn.

¹³ Kirjoittajan näkemys perustuu seuraaviin markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuihin, joissa on käsitelty sidosyksikköpoikkeuksen soveltamista: MAO 139/08, MAO 119/09, MAO 120/09, MAO 56/10, MAO 257/10, MAO 189/14, MAO 559/15, MAO 522/16, MAO 146/17, MAO 841/17, MAO 842/17, MAO 207/18, KHO 2011:24 ja KHO 2012:61. Osaan edellä luetelluista tuomioista viitataan myös jäljempänä sidosyksikköpoikkeusta käsittelevissä alaluvuissa, jotta lukija saa käsityksen siitä, mihin kaikkiin sidosyksikköpoikkeuksen kolmesta edellytyksestä kansalliset tuomioistuimet ovat ottaneet nimenomaisesti kantaa. Oikeustapausten lista ei ole kuitenkaan tyhjentävä kuvaus kaikista markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden sidosyksikköä koskevista ratkaisuista.

kuntalain (210/2015) 126 §:n yhtiöttämisvelvollisuutta ja 127 §:n mahdollistamia poikkeuksia kunnille asetettuun yhtiöttämisvelvollisuuteen. Ulkopuolelle on rajattu myös näiden poikkeusten mahdolliset kilpailuneutraliteettivaikutukset, muita kuin sidosyksikköä koskevin osin¹⁴.

Sidosyksiköiden kilpailuneutraliteettivaikutuksia koskevalle tutkimukselle on tarvetta, koska suomenkielisissä hankintalainsäädännön perusteoksissa asiaa ei käsitellä kattavasti kilpailuneutraliteetin näkökulmasta.¹⁵ Myöskään sidosyksiköitä käsitteleviä väitöskirjoja ei ole laadittu Suomessa tai ulkomailla ja maisteritutkielmiakin aiheesta on tehty hyvin niukasti.¹⁶ Hallituksen esityksessä eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp) ja hallituksen esityksessä eduskunnalle laeiksi kilpailulain ja oikeudenkäynnin julkisuudesta hallintotuomioistuimissa annetun lain 4 ja 16 §:n muuttamisesta (HE 40/2013 vp) kilpailuneutraliteetin näkökulmia tuodaan esiin, mutta sidosyksikköjen kilpailuneutraliteettivaikutuksia käsittelevän suomalaisen oikeuskirjallisuuden vähäisyyden, sidosyksikkösääntelyä koskevien vaikutusarvioiden ja muiden selvitysten rajallisesta määrästä johtuen direktiivistä poikkeavan sääntelyratkaisun oikeasuhtaisuutta on vaikea arvioida ilman unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön perehtymistä.

Kilpailuneutraliteettia koskeva käsitteistö, teoriat ja oikeuskäytäntö ovat pääasiassa valtioneutisääntelyn ja kilpailuoikeuden parissa syntyneitä, joten kilpailuneutraliteetin tarkastelu julkisten hankintojen piiriin sijoittuvien sidosyksiköiden näkökulmasta tuottaa toivottavasti uutta tietoa. Aiheen ajankohtaisuuden puolesta puhuu uuden hankintalain voimaantulo vuoden 2017 alussa. Hankintalain siirtymäsäännösten mukaan sidosyksiköiden tiukkoja ulosmyyntirajoja tulee noudattaa 1.1.2019 alkaen, sosiaali- ja terveystalvialaa koskevin poikkeuksin.

Lisäksi tutkimusta puoltaa hankintalain voimaantulon jälkeen vireille tulleet ja tulevat lainsäädäntöhankkeet, kuten jätelain uudistaminen sekä muut julkisen ja yksityisen sektorin

¹⁴ *Lotta Hiukka* on Lapin yliopistossa vuonna 2017 julkaistussa maisteritutkielmassa ”Poikkeukset kuntien yhtiöttämisvelvollisuudesta kilpailuneutraliteettisääntelyssä” käsitellyt yhtiöttämisvelvollisuuden poikkeuksia kilpailuneutraliteetin näkökulmasta, minkä vuoksi ne on rajattu tämän tutkielman ulkopuolelle.

¹⁵ *Määttä* ja *Voutilainen* ovat uuden hankintalain voimaantulon jälkeen ilmestyneessä hankintalain kommentaariteoksessaan katsoneet sidosyksikkösääntelyn sisältävän useita tulkintaongelmia. Kommentaariteoksessa sidosyksikkösääntelyä ei kuitenkaan käsitellä kattavasti kilpailuneutraliteetin näkökulmasta. Ks. *Määttä – Voutilainen* 2017, s. 15 ja 208.

¹⁶ Yksi harvoista sidosyksikköä käsittelevistä oikeustieteellisistä maisteritutkielmista on *Juhani Haaviston* Helsingin yliopistossa vuonna 2014 julkaistu: *Sidosyksikkö markkinoilla*, jossa hieman sivutaan myös kilpailuneutraliteettia.

markkinatoimintaa sivuavat lainsäädäntöhankkeet, joiden yhteydessä on otettava huomioon myös sidosyksikkösäätely ja sen asettamat rajat.¹⁷ Tutkielmassa pyritään tuottamaan hyödynnettävää tietoa sidosyksiköiden toiminnan lainsäädännöllisistä reunaehdoista sekä sidosyksiköiden vaikutuksista julkisen ja yksityisen sektorin väliseen kilpailuneutraliteettiin.

Tutkimuksen metodina käytetään lainoppia eli oikeusdogmatiikkaa. Voimassaolevaa oikeutta tutkitaan tarkastelemalla hankintamenettelyä säänteleviä keskeisiä sääntelykokonaisuuksia, kuten hankintalakia ja hankintadirektiivejä sekä niiden tulkintaa harjoittavien tuomioistuinten sekä viranomaisten valvontakäytäntöä. Tutkielman tavoitteena on tehdä normikannanottoja voimassaolevasta hankintamenettelyä sääntelevästä oikeudesta sekä tulkintakannanottoja hankintalainsäädännön sisällöstä Suomen oikeusjärjestyksessä erityisesti sidosyksiköiden markkinoille suuntautuvan toiminnan osalta.¹⁸

Induktiota¹⁹ apuna käyttäen johdetaan erityisesti sidosyksikkösäätelyn muodostumisessa keskeisestä unionin tuomioistuimen mittavasta oikeuskäytännöstä yleisiä säännönmukaisuuksia koskien sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisalaa. Tuomioistuimen oikeuskäytäntöä vertaillaan uuteen hankintadirektiiviin sekä hankintalakiin voimassaolevan oikeuden havaitsemiseksi.

¹⁷ Sipilän hallituksen pannukakuksi jäänyt sote-uudistus ja siihen liittynyt maakuntauudistus ovat esimerkkejä lainsäädäntöhankkeista, joissa pyrittiin hyödyntämään sidosyksikköpoikkeusta toiminnan organisoimiseen. Maakuntauudistukseen liittyen *Kuoppamäki* teki Kuntaliiton pyynnöstä selvityksen maakunnille kaavailluin talous- ja henkilöstöhallinnon Hetli Oy:n toiminnan osalta. Selvityksessä Kuoppamäki katsoi, ettei Hetli Oy todennäköisesti täytä sidosyksikköpoikkeuksen soveltamiseksi ja Hetli Oy on myös ongelmallinen unionin kilpailulainsäädännön kannalta. Selvityksen johdosta Hetli Oy:n perustamisesta luovuttiin. Ks. Kuoppamäki 2018b.

¹⁸ Normikannanotolla tarkoitetaan väitteitä siitä, mitkä oikeusnormit kuuluvat voimassaolevaan oikeuteen. Tulkintakannanotot vuorostaan sisältävät väitteen kyseisten oikeusnormien sisällöstä. Ks. Hirvonen 2011, s. 23.

¹⁹ Ks. Määttä 2016, s. 13.

2. SIDOSYKSIKKÖ OIKEUSKÄYTÄNNÖN JA LAINSÄÄDÄNNÖN VALOSSA

2.1. Sidosyksikkö poikkeuksena julkisten hankintojen kilpailuttamisvelvollisuudesta

Puhuttaessa julkisista hankinnoista yleisellä tasolla tarkoitetaan niillä julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden kuten valtion ja kuntien toiminnassa tarvittavien tavaroiden, urakoiden sekä palveluiden hankkimista.²⁰ Lainsäädännöllisessä kontekstissa julkisten hankintojen sääntelyllä viitataan vuorostaan niihin säädöksiin, säännöksiin ja sääntöihin, jotka määrittävät kuinka julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden tulee menetellä hankkiessaan tarvitsemiin tavaroita, urakoita ja palveluita kilpailuilta markkinoilta.²¹ Suomessa tästä menettelystä säädetään julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetussa laissa (hankintalaki), jossa asetetaan valtiolle ja kunnille sekä muille hankintalain 5 §:ssä määritetyille hankintayksiköille velvollisuus kilpailuttaa hankkimansa tavarat, palvelut ja urakat, hankintojen arvon ylittäessä hankintalaissa määritetyt euromääräiset kynnyсарvot.²²

Kilpailuttamisvelvollisuudesta on hankintalaissa säädetty kuitenkin useita poikkeuksia, kuten: suorahankinnat, sekamuotoiset sopimukset, puolustus- ja turvallisuushankinnat sekä hankinnat hankintalain 15 §:ssä määritellyltä hankintayksikön sidosyksiköltä.²³ Hankintayksikkö voi tyydyttää toimintansa pyörittämiseen tarvittavan tavara-, urakka- ja palvelutarpeensa kilpailuttamalla hankintansa hankintalain mukaisesti, taikka turvautumalla omaan tuotantoonsa. Esimerkiksi kunnan peruskoulujen kouluruokailu voidaan toteuttaa kilpailuttamalla koulujen ruokahuolto kokonaispalveluhankintana hankintalain mukaisella kilpailuttamisenmenettelyllä tai kunnan omin voimavaroin esimerkiksi kunnan oman keskuskeittiön toimesta, jolloin kilpailuttamisvelvollisuutta ei ole.²⁴

²⁰ Ks. Arrowsmith ym. 2000, s. 1.

²¹ Ks. Trepte 2004, s. 27 ja s. 45–46.

²² Hankintayksiköitä ovat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset; evankelisluterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset; valtion liikelaitokset; julkisoikeudelliset laitokset ja mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta edellä mainituilta hankintayksiköiltä. Kilpailuttamisvelvollisuuden aikaansaavasta hankinnan arvosta yhtenä esimerkkinä kansallinen kynnyсарvo tavarahankintojen osalta on 60 000 € ilman lisättyä arvonlisäveroa. Hankintalain soveltamisalasta laajemmin ks. Ukkola 2011, s. 290–308.

²³ Luettelo poikkeuksista ei ole tyhjentävä. Ks. laajemmin esimerkiksi Kontio ym. 2017, s. 59.

²⁴ Hieman pelkistetysti voidaan todeta, että hankintasääntelyä tulee noudattaa tilanteissa, joissa hankintayksikkö tekee päätöksen hyödykkeiden hankkimisesta organisaationsa ulkopuolelta ja hankinta ylittää hankintalaissa asetetut kynnyсарvot. Samoin ks. Kaarresalo 2008, s. 242 ja Eskola ym. 2017, s. 110–111. Ks. myös Kuoppamäki 2018a, s. 461–462.

Sidosyksiköiden hankintayksikölle tai -yksiköille tuottamat palvelut, tavarat ja urakat ovat yksi unionin perussopimusten, hankintadirektiivin ja kansallisen hankintalainsäädännön sallimista julkisen sektorin oman tuotannon muodoista ja siten kilpailuttamisvelvollisuuden ulkopuolella. Sidosyksiköltä tehdyt hankinnat poikkeavat kuitenkin ”perinteisestä” organisaation sisäisestä palvelutuotannosta siten, että hyödykkeet hankintayksikölle tuottaa hankintayksiköstä muodollisesti erillinen, mutta hankintayksikön tai hankintayksiköiden yhdessä omistama oikeushenkilö.²⁵ Sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintalain 15 §:n 1 momentin mukaisesti hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Lisäedellytyksenä sidosyksikkösuhteen syntymiselle on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa sidosyksikköön samalla tavalla 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. Eikä sidosyksikössä saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa.²⁶

Sidosyksikön käsite juontaa juurensa Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöön ja erityisesti vuoteen 1999, jolloin unionin tuomioistuin²⁷ antoi päätöksensä *Teckal* -tapauksessa.²⁸ Ratkaistavana oli kysymys: mitä hankintadirektiiviä tulisi soveltaa italialaisen Vianon kunnan kilpailuttamatta tekemiin polttoainehankintoihin Vianon kunnan ja yli 40 muun kunnan yhteisessä omistuksessa olevalta yhtiöltä, joka tarjosi lämmityspalveluja?²⁹ Palveluhankintoja tuolloin säännelleen hankintadirektiivin 92/50/ETY 6 artikla sisälsi poikkeuksen, minkä täytyminen olisi mahdollistanut tietyissä tilanteissa julkisten hankintojen tekemisen ilman kilpailutusta. Tuomioistuin katsoi kuitenkin, että asiaan oli sovellettava direktiiviä 93/36/ETY, jossa kyseistä poikkeusta ei ollut.³⁰

²⁵ Ks. Kaarresalo 2008, s. 242 ja Pekkala ym. 2017, s. 20.

²⁶ Ks. Hankintalain 15 §.

²⁷ Unionin tuomioistuin tunnettiin tuolloin vielä yhteisöjen tuomioistuimen nimellä, mutta tutkielmassa käytetään yhteisöjen tuomioistuimen osalta sen nykyistä nimeä unionin tuomioistuin. Lähdeluettelossa eroteltu yhteisöjen ja unionin tuomioistuimen välillä on kuitenkin säilytetty.

²⁸ C-107/98 *Teckal* EU:C:1999:562.

²⁹ Direktiivit olivat niin sanotun klassisen sektorin direktiivi 93/36/ETY, mikä säänteli tavarahankintoja ja palveluhankintoja sääntelevä direktiivi 92/50/ETY.

³⁰ C-107/98 *Teckal* EU:C:1999:562, kohta 40. Direktiivien eroista ja niiden vaikutuksesta *Teckal* -kriteereiden syntyyn ks. Pekkala ym. 2017, s. 151 ja Caranta 2010, s. 14–15.

Hankintadirektiivin 93/36/ETY soveltamisvelvollisuuden ja direktiivin mukaisen julkisen hankinnan kilpailuttamisvelvollisuuden kannalta ratkaisevaa oli, katsottiinko kunnan tehneen sopimuksen erillisen oikeushenkilön kanssa. Tuomioistuin mukaan: ”Hankintadirektiivin soveltamiseksi pääsääntöisesti riittää, että sopimus on solmittu alueellisen tai paikallisen viranomaisen ja tästä oikeudellisesti erillisen henkilön välillä.”³¹ Tuomioistuin kuitenkin jatkoi lisäten: ”Toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa alueellinen tai paikallinen viranomainen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistamien viranomaisten kanssa.”³² Näin tuomioistuin loi perustan, jonka pohjalta sidosyksikköä koskeva sääntely alkoi kehittyä *Teckalia* seuranneen oikeuskäytännön myötä tavarahankintoja säännelleen direktiivin 93/36/ETY soveltamisalalla.

2.2. Hankintasääntelyn rooli Euroopan unionin sisämarkkinoiden toteuttamisessa ja jäsenvaltioiden oikeus tuottaa hyödykkeet omilla voimavaroillaan

Direktiivein määritellyllä julkisten hankintojen sääntelyllä on tärkeä rooli unionin sisämarkkinoiden toiminnan turvaamisessa.³³ Hankintadirektiivien tarkoitus sisämarkkinoiden toiminnan ohjaamisessa ja turvaamisessa käy ilmi uuden klassisen sektorin hankintadirektiivin sekä sitä edeltäneiden hankintadirektiivien johdannoista. Johdannoissa viitataan SEUT 53, 62 ja 114 artiklaan, mikä vuorostaan sisältää viittauksen unionin sisämarkkinoiden sääntelyn kannalta keskeiseen SEUT 26 artiklaan.³⁴

Unionin tasolta lähtevällä julkisten hankintojen sääntelyllä on tarkoitus ehkäistä hankintayksiköiden hankinnoissaan mahdollisesti harjoittamaa kotimaisten yritysten suosimista muiden jäsenvaltioiden yritysten kustannuksella.³⁵ Toimivien sisämarkkinoiden muodostumista

³¹ C-107/98 *Teckal* EU:C:1999:562, kohta 50.

³² Ibid. Vrt. Asiaa käsitelleen julkisasiamies *Cosmasin* ratkaisuehdotuksen C-107/98 *Teckal* EU:C:1999:344, kohdan 65 mukaan hankintayksikön omistamalta oikeushenkilöltä tehtävien hankintojen rajaaminen direktiivin soveltamisalan ulkopuolelle johtaisi hankintayksiköiden mahdollisuuksiin kiertää julkisia hankintoja koskeva sääntely, mikä vesittäisi direktiivin tarkoituksen vapaan ja vääristymättömän kilpailun turvaajana.

³³ Ks. Ukkola 2013, s. 259 – 260. Samoin ks. esimerkiksi Pekkala ym. 2017, s. 39 ja EUVL L 94/2014, s. 65. Erityisesti hankintadirektiivin johdannon kohta 1, jossa viitataan sisämarkkinaperiaatteiden huomioimiseen julkisia hankintoja toteutettaessa.

³⁴ Ks. Ukkola 2013, s. 260. *Ukkola* viittaa uutta hankintadirektiivejä edeltäneisiin direktiiveihin (2004/17/EY ja 2004/18/EY), mutta sama viittaus tehdään myös uudessa hankintadirektiivissä, joten aiempien direktiivien kanssa yhtenevä sisämarkkinoiden sääntelytarkoitus on havaittavissa myös uuden unionin hankintasääntelyn taustalla. SEUT 53 ja 63 artiklat ovat myös sisämarkkinoita määrittäviä artikloja. Ks. Pekkala ym. 2017, s. 39. Ks. myös Ukkola 2015, s. 91 – 93 ja Sundstrand 2012, s. 56–65.

³⁵ Ks. Pekkala ym. 2017, s. 40.

myös julkisen sektorin tavara-, urakka- ja palveluhankintoihin pyritään direktiivissä turvaamaan syrjimättömyyden, avoimuuden ja suhteellisuuden periaatteet huomioivan kilpailuttamisenmenettelyn ja -velvollisuuden asettamisella.³⁶ Hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolelle jäävät kuitenkin jäsenvaltioiden hankintayksiköiden omilla voimavaroillaan tuottamat palvelut tavarat ja urakat.³⁷

Jäsenvaltioiden oikeuksia päättää omistuksistaan turvaa SEUT 345 artikla, joka kaikessa lyhkäisyydessään kuuluu seuraavasti: ”*Perussopimuksilla ei puututa jäsenvaltioiden omistusoikeusjärjestelmiin.*”³⁸ *Sanchez-Graellsin* mukaan omistuksen neutraalisuuden periaatteen luovaa artiklaa 345 on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä tulkittu siten, että artikla mahdollistaa esimerkiksi julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden omistamien yritysten taholta harjoitettavan markkinatoiminnan, mikä on tyypillistä useille jäsenvaltioille ominaisen sekataloudellisen (*mixed economy*) talousjärjestelmän puitteissa. Periaate säilyttää jäsenvaltioilla vallan päättää roolistaan palveluiden tuottajana ja markkinatoimijana.³⁹

Periaatteen mukaisesti jäsenvaltio voi esimerkiksi päättää toteuttaako se kansallisen terveydenhuoltonsa pääasiallisesti julkisin voimavaroin vai annetaanko se täysin markkinoiden hoidettavaksi, ja osallistuuko julkinen valta esimerkiksi perustamansa yhtiön välityksellä kyseisten palveluiden tuottamiseen. Julkisen elinkeinotoiminnan, palvelutuotannon ja jäsenvaltion markkinarakenteen järjestämiselle yleisiä reunaehtoja asettavat kuitenkin unionin kilpailulainsäädäntö sekä perussopimusten velvoitteet sisämarkkinoiden toimintaedellytysten turvaamisesta.⁴⁰ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa on kuitenkin selvää, ettei jäsenvaltioille aseteta velvollisuutta turvautua julkisoikeudellisten organisaatioidensa ulkopuolisten palveluntarjoajien voimavaroihin, vaan ne voivat halutessaan toteuttaa palvelunsa itsenäisesti omin voimavaroin.⁴¹

³⁶ Laajemmin julkisten hankintojen periaatteista ks. Pekkala ym. 2017, s. 39–49.

³⁷ Ks. *Sanchez-Graells* 2015, s. 251 ja *Kaarresalo* 2007 s. 247.

³⁸ Yleisesti SEUT 345 artiklasta ja sen tulkinnasta ks. *Akkermans – Ramaekers* 2010 ja *Losada* ym. 2012.

³⁹ Ks. *Sanchez-Graells* 2015, s. 249–250. Samoin ks. *Alkio – Hyvärinen* 2016, s. 82.

⁴⁰ Ks. *Sanchez Graells* 2015, s. 249–250. Ks. myös *Craig – de Búrca* 2011, s. 1073. Esimerkkinä perussopimuksen asettamasta velvoitteesta on SEUT 106 artikla, jonka mukaan jäsenvaltiot eivät saa toteuttaa tai ylläpitää julkisia yrityksiä tai yksinoikeudella tai erityisoikeudella palveluita tuottavia yrityksiä, jotka vaarantavat tai vääristävät kilpailua sisämarkkinoilla.

⁴¹ Ks. C-215/09 *Mehiläinen* EU:C:2010:807 kohta 31; C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohta 48; C-480/06 *komissio vastaan Saksa* EU:C:2009:357 kohta 45 ja C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5 kohta 48.

Unionin tuomioistuin on muun muassa *Teckalia* seuranneessa tapauksessa *Stadt Halle* linjannut julkisiin hankintoihin liittyvää kilpailuttamisvelvollisuutta ja hankintayksikön oikeutta toteuttaa palveluita omilla voimavaroillaan: ”*Hankintaviranomaisena olevalla viranomaisella on mahdollisuus hoitaa sille kuuluvia yleisen edun mukaisia tehtäviä itse omilla hallinnollisilla, teknisillä tai muilla voimavaroillaan ilman, että sen olisi turvaututtava sellaisten ulkoisten yksiköiden apuun, jotka eivät kuulu sen toimipaikkoihin. Tällaisessa tapauksessa kyse ei voi olla hankintaviranomaisesta oikeudellisesti erillisen henkilön vastiketta vastaan tehdystä sopimuksesta. Julkisia hankintoja koskevia yhteisön sääntöjä ei siten tarvitse soveltaa.*”⁴²

Jäsenvaltioiden vapautteen määrittellä yleistä taloudellista etua koskevien palveluidensa toteutusmuodot ei tehty muutoksia Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivissä 2014/24/EU julkisista hankinnoista ja direktiivin 2004/18/EY kumoamisesta. Tämä käy ilmi uuden klassisen sektorin hankintadirektiivin johdannon 5. kohdasta, jossa tuodaan esiin aikomus säilyttää vallitseva asiantila, eli jäsenvaltioiden valinnanvapaus päättää kuinka ne haluavat toteuttaa oman elinkeinorakenteensa.⁴³ Varsinaisesti asiasta säädetään direktiivin 4 artiklassa, jonka mukaan direktiivillä ei muuteta jäsenvaltioiden vapautta määrittellä mitä palveluja ne pitävät yleistä taloudellista etua koskevinä palveluina, miten ne olisi järjestettävä ja rahoitettava valtiontukisääntöjen mukaisesti ja mitä erityisiä velvoitteita niihin olisi sovellettava. Artiklan 4 kohdan 2 mukaan direktiivillä ei myöskään säännellä sitä tulisiko viranomaisten toteuttaa nämä palvelut itse vai antaa ne muiden tahojen hoidettavaksi.⁴⁴

2.3. Sidosyksikkö unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa

2.3.1. Hankintayksikön riittävä kontrolli sidosyksiköstä

Lähtölaukauksena sidosyksikkösääntelyn kehittymiselle klassisen sektorin hankintadirektiivin (93/36/ETY, jota nykyisin vastaa 2014/24/EU) soveltamisalalla oli unionin tuomioistui-

⁴² C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5, kohta 48.

⁴³ Ks. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 66.

⁴⁴ Ks. EUVL L 94, 28.3.2014, s. 96.

men *Teckal* -tapauksessa asettama vaatimus hankintayksikön mahdollisuudesta valvoa alais-
taan oikeushenkilöä kuin omia toimipaikkojaan (*kontrollikriteeri*).⁴⁵ *Teckal* -ratkaisun jäl-
keen uutta oikeuskäytäntöä saatiin kuitenkin odotella useampi vuosi, kunnes tuomioistuimen
lyhyessä ajassa antamat ratkaisut tarkensivat *Teckal* -tapauksessa annettuja niukkasanaisia
sidosyksikköpoikkeuksen edellytyksiä.⁴⁶ Riittävän kontrollin vaatimusta tuomioistuin on
täsmäntänyt muun muassa asiassa C-458/03 *Parking Brixen*.⁴⁷ Tapauksessa Brixenin kunta
oli tehnyt käyttöoikeussopimuksen kahden maksullisen parkkialueensa hallinnoimisesta
kunnan täydessä omistuksessa olevan yrityksen Stadtwerke Brixen AG:n kanssa ilman käyt-
töoikeussopimuksen kilpailuttamista.

Tuomioistuimen ratkaistavana oli kysymys yhteisön hankintalainsäädännön ja periaatteiden
soveltumisesta käyttöoikeussopimusten solmimiseen hankintayksikön täysin omistaman
osakeyhtiön kanssa.⁴⁸ Tuomioistuimen mukaan myös käyttöoikeussopimusten solmimisessa
tuli noudattaa perussopimusten perustavanlaatuisia oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuu-
teen perustuvan syrjinnän kieltoa.⁴⁹ Se tarkasteli tapausta myös *Teckal* -tuomiossa lausutun
kontrollikriteerin valossa, koska Brixenin kunta perusteli oikeuttaan myöntää konsessios-
opimus omistamalleen yhtiölle ilman kilpailutusta vetoamalla *Teckal* -tapauksessa annettui-
hin kriteereihin riittävästä kontrollista ja toiminnan kohdistumisesta yksinomaan hankin-
taysikköön. Todettuaan käyttöoikeussopimusten kuuluvan *Teckal* -kriteereiden soveltamis-
alaan, tuomioistuin punnitsi riittävän kontrollin edellytyksiä suhteessa tapauksen tosiseik-
koihin ja antoi tarkennuksen kontrollikriteerin täyttymisen osalta.⁵⁰

Tuomioistuimen mukaan ensisijaista kontrollikriteerin täyttymisessä on hankintayksikön
mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä strategisiin tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin
oikeushenkilössä. Lisäksi kontrollikriteerin täyttymisen arvioimisessa *tulee huomioida*

⁴⁵ Sidosyksikköpoikkeuksen käsittely on tutkielmassa jaettu muun muassa Arrowsmithin käyttämän jaottelun
mukaisesti kolmen sidosyksikkökriteerin alle. Ks. Arrowsmith 2014, s. 513–516. Ks. myös Pekkala ym. 2017,
s. 150–162.

⁴⁶ Ks. Caranta 2010, s. 19. Ratkaisut olivat: C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5, C-231/03 *Coname*
EU:C:2005:487, C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605 ja C-29/04 *Mödling*, josta käytetään myös nimitystä
komissio vastaan Itävalta EU:C:2005:670. *Ukkola* on luonnehtinut unionin tuomioistuimen *Teckal* -ratkaisun
perusteluja jopa turhan niukoiksi, mihin on helppo yhtyä. Ks. Ukkola 2018, s. 163.

⁴⁷ C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605.

⁴⁸ Konsessiot eli käyttöoikeussopimukset eivät sisällyneet hankintadirektiivin 92/50/ETY soveltamisalaan. Ks.
C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohdat 40–43. Keskeiset unionin lainsäädännöstä ilmenevät peri-
aatteet, joiden soveltamista käyttöoikeussopimukseen tuomioistuin punnitsi olivat avoimuus ja yhdenvertainen
kohtelu ks. tuomion kohta 49.

⁴⁹ *Ibid.*, kohta 46.

⁵⁰ *Ibid.*, kohdat 61 ja 62

*kaikki lain säännökset ja relevantit olosuhteet.*⁵¹ Stadtwerke Brixen AG:a edeltänyt yritys Stadtwerke Brixen, jonka yhtiömuotoa muuttamalla Stadtwerke Brixen AG perustettiin, oli luotu yhdenmukaisten ja toisiinsa liittyvien paikallisten julkisten palvelujen tarjoamista varten ja kunnanvaltuustolla oli ollut merkittävä asema yhtiön toiminnan ohjaamisessa.⁵² Pystykö Brixenin kunta vaikuttamaan myös osakeyhtiön *strategisiin tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin* riippui tuomioistuimen suorittaman punninnan mukaan Stadtwerke Brixen AG:n toiminnan luonteesta, yhtiöjärjestyksestä ja yhtiöön sovellettavasta kansallisesta lainsäädännöstä.⁵³

Keskeistä vaadittavan kontrollin olemassaolon osalta ei tuomioistuimen arvion mukaan ollut hankintayksikön täydellinen omistajuus yhtiöstä, vaan ratkaisevaa oli hankintayksikön tosiasialliset mahdollisuudet vaikuttaa yhtiön päätöksentekoon. Stadtwerke Brixeniin verrattuna Stadtwerke Brixen AG:n toimintatarkoitus oli ensisijaisesti liiketaloudellinen, mikä ilmeni yhtiön toiminta-alueen laajentumisena ulkomaille, uusille toimialoille suuntautumisena sekä lyhyellä aikavälillä yhtiön pääoman avaamisena ulkopuoliselle omistukselle. Yhtiön hallitus oli myös saanut laajat toimintavaltuudet, jotka antoivat sille vapauden toimia parhaaksi katsomallaan tavalla ja käytännössä ilman velvoitetta alistaa päätöksiään kunnanvaltuuston hyväksyttäväksi.⁵⁴

Stadtwerke Brixen AG:n valvomiseksi kunnanvaltuustolla oli käytössään ainoastaan tavanomaiset kansallisen yhtiöoikeuden takaamat oikeudet ja mahdollisuudet vaikuttaa yhtiön toimintaan.⁵⁵ Yhtiön toiminta oli tuomioistuimen mielestä lisäksi lähtökohtaisesti markkina-suuntautunutta, mikä ilmeni uusille toimialoille suuntautumisena ja yhtiön markkina-alueen laajentumisena ulkomaille. Tuomioistuin katsoi, etteivät kansallisen yhtiöoikeuden mahdollistamat valvontakeinot yksistään riitä kontrollikriteerin edellytysten täyttymiseksi, kun otetaan huomioon hallituksen laajat toimivaltuudet sekä toiminnan markkinasuuntautuneisuus.⁵⁶

⁵¹ C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohdat 64 ja 65. Relevantteina lainsäännöksinä voivat tulla arvioidtavaksi esimerkiksi yhtiön toimintaa sääntelevät kansalliset yhtiöoikeudelliset säännökset.

⁵² C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohta 66.

⁵³ C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohdat 68–69.

⁵⁴ C-458/03 *Parking Brixen*, kohta 67. Hallituksella oli mahdollisuus tehdä oikeustoimia 5 miljoonaan euroon asti ilman valtuuston erillistä lupaa.

⁵⁵ C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohta 69. Kunnanvaltuusto pystyi käytännössä ainoastaan nimeämään ja erottamaan osakeyhtiön hallituksen enemmistön, mikä oli huomattava rajoitus aikaisempiin kontrollimahdollisuuksiin verrattuna, erityisesti yhtiölle annetut laajat toimivaltuudet huomioon ottaen.

⁵⁶ C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohta 72.

Kontrollikriteerin täyttymisen edellytyksiä ei ole tuomioistuimen oikeuskäytännössä sidottu hankintayksikön täyteen osakeomistukseen oikeushenkilöstä, tai oikeuteen nimetä esimerkiksi oikeushenkilön koko hallitus, mikä mahdollistaa sidosyksiköiden käyttämisen myös hankintayksiköiden yhteistyön välineenä. *Teckal* -tapauksessa asetettu kontrollivaatimus voi toteutua myös tilanteessa, jossa useamman hankintayksikön yhteisesti omistamaan oikeushenkilöön kohdistetaan riittävä kontrolli kaikkien omistajien taholta. Ensimmäisiä vihjeitä yhteistyön sallittavuudesta saatiin tapauksessa C-340/04 *Carbotermo*, jossa oli jälleen kyse italialaisen kunnan ilman kilpailutusta tekemästä sopimuksesta polttoaineiden hankkimiseksi.⁵⁷

Ennakkoratkaisukysymyksenä kontrollikriteerin näkökulmasta tuomioistuimelle esitettiin: täyttyvätkö kontrollikriteerin edellytykset tilanteessa, jossa Busto Arsizion kunta on tehnyt sopimuksen AGESP nimiselle yhtiölle, jonka osakekannan omistaa holdingyhtiö AGESP Holding, josta Busto Arsizion kunta vuorostaan omistaa 99,98 prosenttia?⁵⁸ Tuomioistuin viittasi arvioinnissaan aluksi *Parking Brixen* –tapauksessa lausumaansa toistaen, että asiassa tulee huomioida kaikki relevantit olosuhteet ja lainsäädökset sekä mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti yhtiön strategiaan tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin.⁵⁹ Hankintayksikön tai yksiköiden täydellistä omistajuutta sopimuskumppanina olevan yhtiön osakepääomasta voitiin tuomioistuimen mukaan pitää vahvana, mutta ei yksistään riittävänä oletuksena riittävän kontrollin olemassaolosta.⁶⁰

Carbotermo -tapauksessa relevantteina seikkoina kontrollikriteerin arvioinnissa tuomioistuin nosti esiin lisäksi AGESP ja AGESP Holding yhtiöiden yhtiöjärjestykset. Busto Arsizion kunnalle ei ollut yhtiöiden yhtiöjärjestyksissä varattu minkäänlaista määräysvaltaa tai erityistä äänivaltaa yhtiöiden ylintä valtaa käyttävän hallintoneuvoston toimintavapauden rajoittamiseen. Busto Arsizion kunnan määräysvalta käsitti ainoastaan aiemmin *Parking Brixen* –tapauksessa kuvatulla tavalla kansallisen yhtiöoikeuden tarjoamat mahdollisuudet erottaa yhtiön hallitus, minkä tuomioistuin oli *Parking Brixenissä* katsonut riittämättömäksi

⁵⁷ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308.

⁵⁸ Loput holdingyhtiön omistuksesta oli jakaantunut kuuden muun lähialueen kunnan kesken jokaisen omistajassa yhden osakkeen koko osakekannasta. Tuomioistuimelle esitettiin myös toinen ennakkoratkaisukysymys liittyen sidosyksikön toiminnan kohdistumiseen riittävässä määrin hankintayksikköön, kohdistumiskriteerin osalta katso tutkielman kohta 2.3.2.

⁵⁹ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 36.

⁶⁰ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 37. Huomionarvoista on, että tuomioistuin ei lausumallaan myöskään poissulkenut mahdollisuutta yhteisomisteisten sidosyksiköiden käyttämiseen.

kontrollin näkökulmasta.⁶¹ Eroavaisuutena *Parking Brixen* ja *Carbotermo* -tapauksen välillä oli lisäksi *Carbotermo* -tapauksessa sopimuskumppanina olleen AGESP yhtiön omistaminen holdingyhtiön välityksellä, mikä tuomioistuimen mukaan saattaa olosuhteista riippuen jopa entisestään heikentää hankintayksikön mahdollisuuksia sidosyksikön riittävään kontrollointiin.⁶² Näin ollen tuomioistuin katsoi myös *Carbotermo* -tapauksessa, ettei sidosyksikköpoikkeuksen soveltamiseksi vaadittua riittävää kontrollia ollut olemassa.⁶³

Asia C-295/05 *Asemfo* on kontrollikriteerin arvioinnissa merkittävä, koska tapauksessa oli ensimmäistä kertaa käsillä olosuhteet, joiden vallitessa tuomioistuin katsoi riittävän kontrollin edellytysten täyttyvän.⁶⁴ Tapauksessa oli kyse Espanjan valtion ja itsehallintoalueiden omistaman valtionyhtiön Tragsan toiminnasta Espanjan valtion ja itsehallintoalueiden hyväksi muun muassa maa- ja metsätalouden sekä luonnon- ja ympäristönsuojelun toimialoilla. Tragsan toimintaa säänneltiin kuninkaan asetuksella, jonka mukaan Tragsa oli hallinnon oma toiminnallinen väline ja tekninen yksikkö, minkä lisäksi sen oli suoritettava yksinoikeudella itse tai tytäryhtiöidensä välityksellä työt, jotka valtionhallinto, itsehallintoalueet ja niiden alaiset julkiset elimet antavat sille suoritettaviksi yhtiön toimialaan kuuluvilla aloilla.⁶⁵

Tragsa ei saanut osallistua tarjoajana kilpailutuksiin, joita siihen määräysvaltaa käyttävät viranomaiset järjestivät. Yhtiöllä ei myöskään ollut määräysvaltaa sen toiminnassa käytetyn hinnoittelun suhteen, koska hinnoittelu oli ennalta määrätty Tragsaa hallinnoivien viranomaisten toimesta ja sillä pyrittiin ainoastaan kattamaan toiminnasta aiheutuneet kulut. Tragsan ja sen tytäryhtiöiden valvonnasta ja tarkastuksista vastasivat maatalous-, kalastus- ja elintarvikeministeriö sekä ympäristöministeriö.⁶⁶

⁶¹ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 38. Samoin ks. C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, kohta 72.

⁶² C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 39.

⁶³ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohdat 40 ja 47.

⁶⁴ Tapausta edeltänyt oikeuskäytäntö koski lähinnä tilanteita, joissa kontrollikriteerin edellytykset eivät ole käsillä. *Carantan* mukaan kyseinen päätös kuvastaa lisäksi tuomioistuimen oikeuskäytännössä tapahtunutta muutosta hieman sallivampaan suuntaan. Ks. Caranta 2010, s. 29.

⁶⁵ C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227, kohta 4.

⁶⁶ C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227, kohdat 8–15. Tekstin tasolle on tuotu muutamia esimerkkejä Tragsaan valtionhallinnon tasolta kohdistuneesta kontrollista. Niiden perusteella voidaan todeta Tragsan alisteinen asema suhteessa valtionhallintoon. Suhde ei myöskään perustunut sopimukseen vaan kyseessä oli täysin hallinnonsisäisestä järjestelystä tuomioistuimen näkemyksen mukaisesti, mutta tuomioistuin punnitsi siitä huolimatta sidosyksikköpoikkeuksen edellytyksiä. Ks. C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227 kohta 51.

Tuomioistuimen suorittama arviointi lähti tuttuun tapaan liikkeelle *Teckal* –kriteereiden keräämisellä.⁶⁷ Riittävän kontrollin osalta tuomioistuin toisti tapauksessa *Carbotermo* lausmansa vahvan indision riittävän kontrollin olemassaolosta tilanteissa, joissa hankintayksikkö tai -yksiköt omistavat täysin alaisensa oikeushenkilön.⁶⁸ Itsehallintoaluidenkin osalta riittävän kontrollin syntyminen mahdollisti Tragsan toimintaa koskeva sääntely, mikä asetti sen alisteiseen asemaan itsehallintoalueisiin nähden ja nosti itsehallintoalueiden Tragsalle antamat toimeksiannot tasa-arvoiseen asemaan valtion taholta tulleiden toimeksiantojen kanssa. Siitäkin huolimatta, että kukin neljästä itsehallintoalueesta omisti vain 0,25 prosenttia Tragsan osakepääomasta.⁶⁹ Huomionarvoista ratkaisussa on myös se, ettei tuomioistuin kiinnittänyt minkäänlaista huomiota Espanjan valtion omistukseen Tragsasta holdingyhtiön välityksellä, vaikka *Carbotermo* -tapauksessa vastaava menettely heikensi tuomioistuimen riittämättömäksi katsomaa kontrollia entisestään.⁷⁰

Asiassa *C-324/07 Coditel* oli arvioitavana kuntienvälisen osuuskunnan Brutélén ja Ucclen kunnan välillä solmittu konsessiosopimus Ucclen kunnan alueella sijaitsevan kaapelitelevisioverkon hallinnoimisesta. *Coditel* -tapauksen merkittävyyttä kontrollikriteeriä määrittävän oikeuskäytännön osana korostaa tuomioistuimen tapauksessa tekemät kattavat viittaukset aikaisempaan oikeuskäytäntöön. Tuomioistuin toisti tapauksissa *Carbotermo* ja *Asemfo* lausumat kantansa, joiden mukaan hankintayksiköiden täysomistus oikeushenkilön pääomasta on vahva indikaattori riittävän kontrollin olemassaolosta, mutta se ei yksistään riitä kontrollikriteerin täyttämiseksi.⁷¹ Riittävän kontrollin olemassaolo edellyttää lisäksi, että hankintayksiköillä on tavanomaisten kansallisten yhtiöoikeudellisten säännösten lisäksi muitakin vaikutuskeinoja alaisensa yhtiön toimintaan.⁷²

⁶⁷ C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227, kohta 55.

⁶⁸ C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227, kohta 57.

⁶⁹ *Ibid.*, kohdat 58–60. Tragsan omistivat yhdessä Espanjan valtio 99 prosentin osuudella ja neljä itsehallintoaluetta, joilla kullakin oli yksi osake. Vrt. C-231/03 *Coname* EU:C:2005:487, kohta 24, jossa tuomioistuin katsoi 0,97 prosentin omistuksen riittämättömäksi kontrollikriteerin osalta yhteisomisteisessä yhtiössä. *Conamessa* erona oli kuitenkin yhtiön osittainen yksityinen omistus. Yksityisen omistuksen vaikutuksesta sidossykköpoikkeukseen katso tutkielman osio 2.3.3.

⁷⁰ Vrt. *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 39. Mahdollisena selityksenä holdingyhtiön merkityksen sivuuttamiseen ja 0,25 prosentin osakeomistuksen katsomiseen riittäväksi saattaa olla pyrkimys hankintaviranomaisten välisten yhteistyömuotojen monipuolisuuden turvaamiseen *Asemfo* vastaavissa tapauksissa, joissa on selkeästi kyse omiin voimavaroihin turvautumisesta. Lisäksi eroavaisuutena *Asemfo* ja *Carbotermo* -tapausten välillä oli *Carbotermossa* hankintaviranomaisen omistaman yhtiön toiminnan vahva markkinasuuntautuneisuus.

⁷¹ C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohta 31. Brutéléssa omistajina oli ainoastaan kuntia ja yksi kuntienvälisen kuntayhtymä.

⁷² *Ibid.*

Tuomioistuin katsoi *Coditel* -tapauksessa kontrollikriteerin osalta ratkaisevaksi hankintayksiköiden osuuden omistamansa oikeushenkilön pääomasta, oikeushenkilön päätöksentekuelinten kokoonpanon ja hallitukselle annetun toimivallan laajuuden, joita sääntelivät Brutélén yhtiöjärjestys ja osuuskunnan toimintaan kohdistunut lainsäädäntö.⁷³ Brutéléssa määräysvaltaa käytti hallitus, jonka muodostivat jäsenkuntien edustajat, jotka osuuskunnan kokous oli nimittänyt. Osuuskunnan kokouskin koostui vain jäsenkuntien edustajista. Kuntayhtymistä annetun lain 12 §:n mukaan kunkin kunnan valtuusto nimitti osuuskunnan kokouksen jäsenet kunnanvaltuutettujen, pormestarin ja raatimiesten joukosta. Tuomioistuimen mukaan Brutélén osuuskunnan päätöksentekuelimien muodostuminen sen jäsenenä olevien viranomaisten edustajista merkitsi, että jäsenillä oli päätösvalta Brutélén päätöksentekuelimissä ja ne voivat näin vaikuttaa ratkaisevasti sekä kyseisen yksikön strategiaan tavoitteisiin että sen tärkeisiin päätöksiin.⁷⁴

Brutélén hallitus käytti osuuskunnassa laajinta mahdollista päätösvaltaa. Sen tehtäviin kuuluivat muun muassa hintojen määrittäminen, minkä lisäksi sillä oli oikeus, mutta ei velvollisuutta, valtuuttaa alaisensa eri palvelualueiden hallitukset ratkaisemaan muutamia erityiskysymyksiä. Hallitukselle myönnetty laajat toimivaltuudet saivat tuomioistuimen punnitsemaan Brutélén mahdollista markkinasuuntautuneisuutta ja sen vaikutusta kuntien harjoittamaan kontrolliin Brutéléstä. Tuomioistuin ei kuitenkaan katsonut Brutélén toiminnan tarkoitusta markkinasuuntautuneeksi muun muassa siitä syystä, että se ei ollut osake- tai osakkuusyhtiö vaan osuuskunta, joka ei kuntayhtymistä annetun lain mukaan voinut olla liiketoiminnallinen tarkoitukseltaan.⁷⁵

Näin ollen tuomioistuin päätyi toteamaan kontrollikriteeriin täyttyvän tilanteessa: ”*jossa kuntienvälisen osuuskunnan, jonka kaikki jäsenet ovat viranomaisia, sääntömääräiset elimet, jotka koostuvat jäsenenä olevien viranomaisten edustajista, tekevät tämän osuuskunnan toimintaa koskevat päätökset, määräysvallan, jota nämä viranomaiset käyttävät näiden päätösten osalta, voidaan katsoa antavan näille viranomaisille vastaavan määräysvallan osuuskunnassa kuin niillä on omissa yksiköissään.*”⁷⁶ Huomionarvoista tuomiossa on lisäksi se, ettei tuomioistuin asettanut edustusta oikeushenkilön päätöksentekuelimessä ehdottomaksi

⁷³ C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohta 29.

⁷⁴ C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohta 34.

⁷⁵ C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohdat 33 – 39.

⁷⁶ C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohta 42.

edellytykseksi kontrollikriteerin saavuttamiseksi vaan linjasi ainoastaan, että *Coditel* -tapauksen kaltaisten olosuhteiden vallitessa kontrollikriteerin voidaan katsoa täyttyvän.⁷⁷

Tuomioistuin otti tapauksessa kantaa myös Brutélén toimielinten harjoittamaan päätöksen-tekomenettelyyn kontrollin näkökulmasta. Päätökset Brutélén eri toimielimissä tehtiin määränemmistöisellä äänestysmenettelyllä, minkä tuomioistuin katsoi mahdollistavan riittävän kontrollin olemassaolon. Perusteluinaan tuomioistuin viittasi sidosyksikköpoikkeuksen soveltumisen toiseen edellytykseen, eli vaatimukseen oikeushenkilön toiminnan pääasiallisesta kohdistumisesta hankintayksikköön (*kohdistumiskriteeri*).⁷⁸

Tuomioistuin katsoi, että toiminnan pääasiallisen kohdistumisen kriteerin voidaan aikaisemman oikeuskäytännön valossa katsoa täyttyvän yhteisomisteisissä oikeushenkilöissä ottamalla huomioon toiminta, jota oikeushenkilö harjoittaa suhteessa kaikkiin omistajiinsa riippumatta kunkin omistajan suhteellisesta omistusosuudesta. Näin ollen on loogista katsoa myös kontrollikriteerin täyttyvän tilanteessa, jossa Brutélén omistajina olevat kunnat käyttävät yhdessä edellä kuvattua määräysvaltaa yhteisesti omistamassaan oikeushenkilössä, jonka toiminta kohdistuu ainoastaan sen omistajina olevien kuntien hyväksi.⁷⁹

Tapauksessa C-573/07 *Sea* tarkastelun kohteena oli myös hankintayksiköiden alaisen oikeushenkilön yhteisomistajuus ja omistusjärjestelyn mahdollistama määräysvalta kontrollikriteerin täyttymisen näkökulmasta. Italialainen Ponte Nossan kunta oli hankkinut osuuden paikallisten julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden omistamasta osakeyhtiöstä ja antanut sen hoidettavaksi myös omat jätehuoltopalvelunsa. Osakkeenomistajina olleet kunnat käyttivät päätösvaltaa yhtiössä komiteoiden välityksellä.⁸⁰

Jokaisella hankintayksiköllä oli edustajansa yhtiön päätösvaltaa käyttävässä yhteiskomiteassa ja alakohtaisessa teknisessä komiteassa. Komiteat muodostuivat osakkeenomistajina olevien julkisyhteisöiden edustajista. Osakkeenomistajat saivat kukin yhden äänen komiteoissa, omistamansa osuuden suuruudesta riippumatta. Yhtiön yhtiökokouksen oli myös nou-

⁷⁷ Tuomioistuimen lausuman yleisluonteisuus voidaan nähdä pyrkimyksenä hankintayksiköiden yhteistyömuotojen monimuotoisuuden turvaamiseen. Tarkoitus käy ilmi, kun otetaan huomioon julkisasiamies *Trstenjakin* ratkaisuehdotuksen C-324/97 *Coditel* EU:C:2008:317, kohta 86. Samoin ks. Caranta 2010, s. 38. ja Bovis 2012, s. 469.

⁷⁸ Kohdistumiskriteeristä laajemmin ks. tutkielman seuraava jakso 2.3.2.

⁷⁹ C-324/07 *Coditel* EU:C:2008:621, kohdat 45, 50 ja 54.

⁸⁰ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532.

datettava komiteoiden vahvistamia ohjeita ja määräyksiä ja sen toimivaltaa oli myös rajoitettu siten, että yhtiön toiminnan kannalta keskeiset toimenpiteet voitiin toteuttaa vain komiteoiden valtuutuksesta.

Tuomioistuin lausui yhteisomistuksesta ja sen suhteesta kontrolliin seuraavasti: ”*Oikeuskäytännössä ei edellytetä, että määräysvalta sopimuskumppaniksi valittuun yhtiöön olisi tällaisessa tapauksessa kullakin yksin. Silloin, kun useat viranomaiset päättävät toteuttaa tietyt julkisia palveluja koskevat tehtävänsä turvautumalla yhtiöön, jonka ne omistavat yhdessä, on nimittäin yleensä pois suljettua, että jollakin näistä viranomaisista, jolla on vain vähemmistöosuus tästä yhtiöstä, on yksin ratkaiseva määräysvalta yhtiön päätöksentekoon. Jos tällaisessa tapauksessa edellytettäisiin, että viranomaisella on yksin määräysvalta, johtaisi tämä kilpailuttamispakkoon useimmissa sellaisissa tapauksissa, joissa viranomaisen haluaisi hankkia osuuden muiden viranomaisten omistamasta yhtiöstä antaakseen kyseisen yhtiön tehtäväksi tietyn julkisen palvelun hoitamisen*”.⁸¹ Tuomioistuin jatkoi: ”*On siis todettava, että silloin, kun useat viranomaiset omistavat yhtiön, jolle ne antavat tehtäväksi jonkin julkista palvelua koskevan tehtävänsä hoitamisen, nämä viranomaiset voivat käyttää yhdessä tätä määräysvaltaa yhtiöön.*”⁸²

Sea –tapauksessa tuomioistuin arvioi myös tapausten *Coditel* ja *Parking Brixen* tavoin oikeushenkilön markkinasuuntautuneisuuden heikentävää vaikutusta kontrolliin. Markkinasuuntautuneisuuden arvioimiseksi tuomioistuin tarkasteli yhtiön toiminnan maantieteellistä ja aineellista laajuutta sekä yhtiön mahdollisuuksia ryhtyä liiketoimiin yksityisen sektorin kanssa.⁸³ Tuomioistuimen mukaan markkinasuuntautuneisuutta vastaan puhuivat toimialaan tehty rajausta yhtiön yhtiöjärjestyksessä, jonka mukaan yhtiön toiminta on tarkoitettu paikallisiin julkisiin palveluihin paikallisten julkisyhteisöjen hyväksi ja yhtiön tuli hoitaa palveluja yksinomaan hankintaosakkaiden lukuun ja näiden osakkeenomistajien toimivaltaan kuuluvilla alueilla.⁸⁴

Markkinasuuntautuneisuuden puolesta vuorostaan puhui yhtiöjärjestyksen kohta, jonka mukaan yhtiö voi suorittaa myös toimeksiantoja yksityisille oikeussubjekteille, kun yksityisille suunnattu toiminta ei ole ristiriidassa yhtiön tavoitteiden kanssa tai kun se myötävaikuttaa

⁸¹ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohdat 55 – 56.

⁸² C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 59. Tuomioistuimen kanta on hyvin perusteltu, koska tiukempi linja johtaisi yhteisomistustilanteissa käytännössä kilpailuttamispakkoon, mikä heikentäisi sidosyksiköiden käyttämistä kuntien välisen yhteistyön välineenä.

⁸³ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 73.

⁸⁴ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohdat 74-76.

tavoitteiden saavuttamiseen.⁸⁵ Yhtiöjärjestyksen kyseisellä kohdalla oli yhtiön mukaan tarkoitus mahdollistaa ainoastaan yhtiön toimintaan liitännäinen oikeus kerätä tiettyjä jätteitä myös yksityisiltä esimerkiksi kierrätykseen. Liitännäinen oikeus oli yhtiön mukaan tarpeen sen julkisen palveluvelvoitteen suorittamista varten, eikä se ollut irrallinen kokonaisuus yhtiön toiminnasta. Tuomioistuimien katsoi, ettei päätoimintaan nähden ainoastaan liitännäinen oikeus vaaranna hankintayksiköiden kontrollimahdollisuuksia oikeushenkilöstä tekemällä toiminnasta markkinasuuntautunutta.⁸⁶

Yhdistetyissä asioissa C-182/11 ja C-183/11 *Econord* oli arvioitavana tilanne, jossa kaksi kuntaa olivat kumpikin ostaneet yhden osakkeen Varisen kunnan pääasiallisessa omistuksessa olevasta yhtiöstä.⁸⁷ Osakkaiden ostamisen jälkeen kunnat olivat solmineet sopimuksen jätehuoltonsa hoitamisesta kyseisen yhtiön kanssa.⁸⁸ Tapauksesta merkittävän tekee tuomioistuimen lausuma tarkennus kontrollikriteerin täyttymisen arviointiin yhteisomisteisissa oikeushenkilöissä. Tuomioistuimen mukaan: ”*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 määräysvaltaan, sillä muuten yhteisen määräysvallan käsite tehdään tyhjäksi.*”⁸⁹

Tapausta kommentoinut *Arrowsmith* huomauttaakin, että yhteisomistustilanteissa on keskeistä tehdä ero kontrollikriteerin olemassaolon osalta tapauksissa, joissa osakkeenomistaja jää vähemmistöön yhtiön toimintaan liittyvässä yksittäisessä äänestyksessä ja toisaalta sen

⁸⁵ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 77.

⁸⁶ *Arrowsmith* on kritisoinut tuomioistuimen sekä *Sea* -tapauksessa että muissa tapauksissa suorittamaa markkinasuuntautuneisuuden arviointia. *Arrowsmithin* mielestä markkinasuuntautuneisuuden arvioimisella ei ole varsinaista merkitystä riittävän kontrollin olemassaolon osalta, koska markkinasuuntautuneisuus on usein vain looginen seuraus niistä olosuhteista (kontrollin puutteesta), jotka johtavat oikeushenkilön vapaaseen päätöksentekoon ja toiminnan mahdolliseen markkinasuuntautumiseen. Ks. *Arrowsmith* 2014, s. 508. *Ukkola* yhtyy *Arrowsmithin* näkemykseen lisäksi, että markkinasuuntautuneisuuden tarkastelussa on ongelmallista lisäksi se, että siinä sekoittuvat sidosyksikkösuhteen arvioinnissa keskeiset määräysvallan ja liiketoiminnan riittävän kohdistumisen edellytykset toisiinsa. *Ukkolan* mukaan määräysvallan arvioinnissa tulisi keskittyä ainoastaan arvioimaan sitä, onko määräysvaltasuhde niin vahva, ettei sidosyksikkö voi itsenäisesti tehdä päätöstä suuntautumisestaan markkinoille. Ks. *Ukkola* 2015, s. 103. Ks. myös *Falk* 2014, s. 105–106.

⁸⁷ Toinen vähemmistöosakas Varisen kunnan ohella oli myös kunta.

⁸⁸ Yhdistetyt asiat C-182/11 ja C-183/11 *Econord* EU:C:2012:758.

⁸⁹ Yhdistetyt asiat C-182/11 ja C-183/11 *Econord* EU:C:2012:758, kohta 31. Samoin aikaisemmassa oikeuskäytännössä ks. esimerkiksi asiat C-196/08 *Acoset* EU:C:2009:628, kohta 53; C-573/03 *Sea*, EU:C:2009:532, kohta 46 ja C-215/09 *Mehiläinen* EU:C:2010:80, kohta 32. *Econord* -tapausta on kommentoinut myös *Smith*, joka katsoo, että unionin tuomioistuin on ottanut päätöksessään huomioon sidosyksikköpoikkeuksen merkityksen hankintayksiköiden yhteistoiminnan välineenä. Ks. *Smith* 2013, s. 32 – 34.

välillä että, yhdellä omistajalla on yhtiössä tosiasiallisesti itsemääräämisoikeuden mahdollistava valta muihin osakkeenomistajiin nähden. Jälkimmäisissä tilanteissa kontrollikriteerin ei *Arrowsmithin* mielestä voida katsoa täyttyvän.⁹⁰ Jokaisen yhteisomistukseen osallistuvan hankintayksikön ei siis tarvitse pystyä tekemään oikeushenkilön toimintaan vaikuttavaa päätöstä itsenäisesti vaan riittää, että kukin hankintayksikkö pystyy siihen esimerkiksi yhteistyössä muiden hankintayksiköiden kanssa. Näin ei luonnollisesti ole tapauksissa, joissa yksi hankintayksikkö pystyy itsenäisesti ohittamaan muut päätöksenteossa äänimääränsä turvin, osakassopimus ei turvaa omistajille vaikutusmahdollisuuksia suhteessa muihin omistajiin, taikka yhtiössä määräysvaltaa käyttävälle hallitukselle on annettu vapaat kädet tehdä päätöksiä yhtiön toiminnasta.⁹¹

Edellä käsiteltyä unionin tuomioistuimen suorittamaa kontrollikriteerin arviointia on luonnehdittu sekä oikeuskirjallisuudessa että komission toimesta funktionaaliseksi.⁹² Kontrollikriteerin arvioinnista tekee funktionaalista tuomioistuimen ensisijainen tapa punnita kontrollin olemassaoloa hankintayksikön toimintamahdollisuudet tosiasiallisesti aikaansaavien olosuhteiden valossa, formaalien seikkojen kuten omistuksen suuruuden tai täydellisyyden sijaan. Oikeuskäytännön valossa jonkinlaisen omistusosuuden olemassaolo oikeushenkilössä voidaan katsoa vähimmäisvaatimukseksi kontrollin olemassaololle. Hankintayksikön omistusosuuden suuruudelle ei ole annettu oikeuskäytännössä kovinkaan suurta merkitystä kontrollikriteerin näkökulmasta, sillä täysin yhden hankintayksikön omistaman oikeushenkilön ei katsottu olevan hankintayksikön määräysvallan alaisuudessa kontrollikriteerin edellyttämällä tavalla, ja toisaalta 0,25 prosentin omistuksen on katsottu riittävän yhteisesti omistetusta oikeushenkilöstä, mikä osaltaan kuvastaa kontrollikriteerin täyttymisen arvioinnin funktionaalisuutta.

Oikeuskäytännön valossa riittävän kontrollin olemassaolon kannalta onkin ratkaisevaa hankintayksiköiden tosiasialliset mahdollisuudet vaikuttaa oikeushenkilön strategiaan tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin, kuten toiminnassa käytettyyn hinnoitteluun sekä toiminnan laajuuteen ja sen suuntaamiseen. Hankintayksiköiden mahdollisuuksia vaikuttaa sidosyksikön toimintaan määrittävät tyypillisesti oikeushenkilöiden toimintaa sääntelevä kansallinen lainsäädäntö kuten yhtiöoikeus sekä oikeushenkilöiden yhtiöjärjestykset. Lisäksi keskeisessä

⁹⁰ Ks. *Arrowsmith* 2014, s. 505 – 506.

⁹¹ Ks. *Arrowsmith* 2014, s. 505 – 506.

⁹² Ks. *Clarke* 2015, s. 124 – 125 ks. myös *Sánchez-Graells* 2015, s. 271; *Comission Staff Working Paper* 2011, s. 6 ja *Avarkioti* 2007 s. 35.

asemassa ovat sidosyksikön yhteisesti omistavien hankintayksiköiden keskinäisiä suhteita määrittävät oikeudelliset instrumentit kuten osakassopimukset, joiden tulee tarjota osakaina oleville hankintayksiköille tosiasialliset mahdollisuudet osallistua päätöksentekoon sidosyksikössä. Oikeuskäytännön perusteella toiminnan selkeä markkinasuuntautuneisuus voi myös heikentää hankintayksikön kontrollia sidosyksiköstä niin merkittävästi, että riittävän kontrollin edellytysten ei voida katsoa täyttyvän. Markkinasuuntautuneisuuden merkitys riittävän kontrollin tarkastelussa viestii vuorostaan sidosyksikköjen perimmäisestä tai ensisijaisesta tarkoituksesta yleisen edun mukaisten tarpeiden saavuttamiseksi tarkoitettuna rakenteena⁹³.

2.3.2. Sidosyksikön toiminnan riittävä kohdistuminen hankintayksikköön

Teckal -tapauksessa toisena kumulatiivisena edellytyksenä sidosyksikköaseman saavuttamiselle tuomioistuimien asetti oikeushenkilön toiminnan kohdistumisen pääosaltaan sen omistajana olevaan hankintayksikköön (*kohdistumiskriteeri*).⁹⁴ Hankintayksiköiden kontrollin alaisen oikeushenkilön toiminnasta liian suuren osuuden kohdistuessa muille kuin oikeushenkilön omistaville tahoille, kuten markkinoilla toimiville yksityisille yrityksille tai omistuspohjan ulkopuolella oleville julkisyhteisöille, johtaa sidosyksikköpoikkeuksen soveltumattomuuteen ja velvoittaa hankintayksikön kilpailuttamaan hankinnan hankintadirektiivin mukaisesti. Kohdistumiskriteerin tarkoituksena on ehkäistä sidosyksikköjen markkinoille suuntautuvan toiminnan (ulosmyynnin) kielteisiä vaikutuksia kilpailuolosuhteisiin.⁹⁵

Sidosyksiköiden ulosmyynnin on katsottu tuomioistuimen oikeuskäytännössä mahdollisesti aiheuttavan kilpailun vääristymistä tilanteissa, joissa sidosyksiköt tarjoavat palveluita, tavaroita ja urakoita kilpailuille markkinoille muuten kuin toissijaisesti niiden pääasialliseen toimintaan nähden. Sidosyksiköiden mahdollinen kilpailuetu suhteessa niiden yksityisiin kilpailijoihin voi nimittäin olla seurausta sidosyksiköiden julkisoikeudellisen omistuspohjan tuomista hyödyistä. Markkinoilla toimivaan yksityiseen yritykseen verrattuna sidosyksiköiden toiminnan jatkuvuus on käytännössä varmistettu verovaroin rahoitetun hankintayksikön ansiosta, koska sidosyksikön tuotannon tasainen kysyntä on turvattu sidosyksikön omistajan hankintayksikön taholta. Näin ollen esimerkiksi sidosyksikön tuotannon satunnaisen

⁹³ C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5, kohta 50.

⁹⁴ C-107/98 *Teckal* EU:C:1999:562, kohdat 50 ja 51.

⁹⁵ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohdat 59, 60 ja 62.

ylikapasiteetin myynnissä kilpailluille markkinoille ei ole välttämätöntä noudattaa markkinaehtoista hinnoittelua yhtiön toiminnan rahoittamiseksi, mikä antaa sidosyksikölle kilpailuedun suhteessa yksityisiin markkinatoimijoihin ja voi samalla vääristää kilpailua.⁹⁶

Unionin tuomioistuin ei ole punninnut kohdistumiskriteerin täyttymistä yhtä runsaslukuisesti kuin kontrollikriteerin edellytyksiä, mutta se on osassa edellä käsitellyistä tapauksista ottanut kantaa myös kohdistumiskriteerin täyttymisen edellytyksiin.⁹⁷ *Carbotermo* -tapauksessa esitetystä ennakkoratkaisupyynnössä tuomioistuinta pyydettiin ottamaan kantaa kysymykseen: voidaanko erityisalojen hankintadirektiivin (93/38/ETY) 13 artiklan mukaista palveluhankintoihin sovellettavaa poikkeusta soveltaa analogisesti myös klassisen sektorin hankintadirektiivin (93/36/ETY) soveltamisalalla?⁹⁸ Erityisalojen hankintadirektiivin 13 artiklaan sisältynyt poikkeus mahdollisti hankinnan ilman kilpailutusta, jos artiklassa määritellyn sidosyksikön harjoittamasta toiminnasta kohdistui vähintään 80 prosenttia sen omistavaan hankintayksikköön tai yksiköihin.⁹⁹

Tuomioistuin katsoi, ettei erityisalojen hankintadirektiiviä voida soveltaa analogisesti, koska *Carbotermo* -tapauksessa oli kyse tavarahankinnoista ja erityisalojen hankintadirektiivin poikkeus soveltui ainoastaan palveluhankintoihin. Palveluhankintojenkin osalta poikkeusta voitiin soveltaa ainoastaan tiettyihin erityistilanteisiin, jotka koskivat toimintamuodoltaan erilaisia oikeushenkilöitä kuin *Carbotermo* -tapauksessa ja yleisesti ottaen erilaisia tilanteita kuin klassisen sektorin hankintadirektiivin soveltamisalan tapauksissa oli tyypillisesti kyse. Kaiken edellä mainitun lisäksi poikkeus sisälsi hankintayksiköille komissioon nähden asetetun toimintavelvollisuuden, jota ei sisällynyt klassisen sektorin hankintadirektiiviin

⁹⁶ Ks. Arrowsmith 2014, s. 510 ja Sánchez-Graells 2015, s. 269. Sánchez-Graells katsoo, että sidosyksiköjä koskevan oikeuskäytännön valossa niiden toiminnan rajaamisella ainoastaan tilanteisiin, joissa markkinoille suuntautuva toiminta on olematonta tai vähäistä, pyritään tasapuolisten kilpailuolosuhteiden turvaamiseen markkinoilla. Uusi hankintadirektiivi toi asiantilaan kuitenkin muutoksia, koska se ei noudata unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetettuja tiukkoja kriteereitä sidosyksikköpoikkeuksen soveltamiselle. Laajemmin sidosyksiköiden mahdollisista kilpailuneutraaliteettivaikutuksista ks. tutkielman pääjakso 4.

⁹⁷ Syynä kohdistumiskriteeriä koskevan oikeuskäytännön vähäisyyteen kontrollikriteerin oikeuskäytäntöön verrattuna on muun muassa se, ettei tuomioistuimen ole tarvinnut tutkia kohdistumiskriteerin edellytysten täyttymistä, koska se on voinut sulkea pois sidosyksikköpoikkeuksen soveltumisen jo kontrollikriteerin perusteella. Esimerkiksi tapauksissa C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5, kohta 53 ja C-337/05 *Agusta* EU:C:2008:203, kohta 41.

⁹⁸ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 49.

⁹⁹ *Ibid.*

(93/36/ETY), eikä sitä kodifioitu tapauksen aikoihin uudistettuun hankintadirektiiviin 2004/18/EY, mikä vastasi direktiiviä 93/36/ETY.¹⁰⁰

Ulosmyynnin sallitun määrän osalta erityisalojen hankintadirektiivin 13 artiklan mukainen 20 prosentin osuus sidosyksikön liikevaihdosta muodosti tuomioistuimen mukaan liian suuren osuuden sidosyksikön toiminnasta klassisen sektorin hankintadirektiivin soveltamisalalla, koska direktiivin tarkoituksena on sisämarkkinoiden toiminnan turvaaminen, minkä näin laaja ulosmyynnin salliminen olisi vaarantanut. Tuomioistuin antoi tapauksessa kuitenkin työkaluja kohdistumiskriteerin täyttymisen arvioimiseen. Pääosan sidosyksikön toiminnasta voidaan katsoa suuntautuvan hankintayksikköön silloin, kun sidosyksikön toiminnan ensisijainen tarkoitus on toiminta hankintayksikön hyväksi ja sidosyksikön harjoittama muu toiminta on toissijaista tähän tarkoitukseen nähden.¹⁰¹

Carbotermo -tapauksen valossa kohdistumiskriteerin täyttymisessä ratkaisevaa on sidosyksikön hankintayksikölle suorittamien liiketoimien osuus sidosyksikön kokonaisliikevaihdosta, siitä riippumatta kohdistuvatko sopimuksen mukaiset suoritukset suoraan hankintayksikköön vai hankintayksikön kautta välillisesti palvelun tosiasiallisiin käyttäjiin. Merkitystä ei ole myöskään sillä, suorittavatko korvauksen palvelun tai tavaran käyttämisestä loppukäyttäjät vai hankintayksikkö. Palvelun tarjoamispaikallakaan ei tuomioistuimen mukaan ole ratkaisevaa vaikutusta kohdistumiskriteerin täyttymisen näkökulmasta.¹⁰²

Yhteisomisteisen sidosyksikön toiminnan kohdistuminen pääosaltaan sen omistaviin hankintayksiköihin voi tuomioistuimen mukaan toteutua tilanteissa, joissa sidosyksikön toiminta kohdistuu kollektiivisesti riittävän suurelta osin sen omistajiin.¹⁰³ Edellytyksen saavuttamiseksi riittää, että sidosyksikön toiminnan liikevaihdosta riittävän suuri osuus suuntautuu pääosallisesti sen omistajiin, vaikka toiminnan kohdistuminen ei vastaisikaan omistajien omistusosuuksien suhdetta.¹⁰⁴ *Carbotermo* -tapauksen lisäksi tuomioistuin on ottanut kantaa kohdistumiskriteerin edellytysten täyttymiseen *Asemfo* -tapauksessa.¹⁰⁵ *Asemfossa*

¹⁰⁰ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohdat 52 – 57.

¹⁰¹ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 63.

¹⁰² C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohdat 66 ja 67. Vrt. C-458/03 *Parking Brixen* EU:C:2005:605, jossa tuomioistuimen mukaan **kontrollikriteeri** ei täytynyt, koska yritys tarjosi palveluitaan valtakunnallisesti sekä myös ulkomaille.

¹⁰³ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 70.

¹⁰⁴ C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohdat 70 ja 71.

¹⁰⁵ C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227.

tuomioistuin katsoi kohdistumiskriteerin täyttymisen kannalta riittäväksi osuudeksi 90 prosenttia sidosyksikön kokonaisliikevaihdosta, josta 55 prosenttia koostui palveluiden tarjoamisesta itsehallintoalueiden hyväksi ja loput 35 prosenttia Espanjan valtiolle, vaikka Espanjan valtio omisti yhtiöstä 99 prosenttia ja itsehallintoalueet kukin 0,25 prosenttia.¹⁰⁶

Asiassa C-553/15 *Undis Servizi* arvioitavana oli Sulmonan kunnan ja useiden Abruzzon alueen kuntien yhdessä omistaman jätealan yhtiön Cogesan toiminnan riittävä kohdistuminen sen määräysvaltaa käyttäviin kuntiin. Sulmonan kunta oli tehnyt sopimuksen jätehuollon suorittamisesta Cogesan kanssa. Ensimmäisenä ennakkoratkaisukysymyksenä tuomioistuimelle esitettiin: voidaanko kohdistumiskriteerin täyttymistä arvioitaessa ottaa huomioon toiminta, jota Cogesa harjoittaa sen osakkaisiin kuulumattoman viranomaisen määräyksestä sellaisen alueellisten julkisyhteisöjen hyväksi, jotka eivät myöskään ole Cogesan osakkaita ja joilla ei ole siihen määräysvaltaa?¹⁰⁷

Tuomioistuin katsoi, ettei edellä kuvattua toimintaa voida laskea kohdistumiskriteeriä arviotaessa toiminnaksi, jonka voitaisiin katsoa kohdistuneen sidosyksikön omistajiin. Perustelunaan tuomioistuin viittasi kattavasti aiempaan oikeuskäytäntöönsä kontrolli- ja kohdistumiskriteerin osalta. Kohdistumiskriteerin asettamisella pyritään tuomioistuimen mukaan ehkäisemään kilpailun vääristymistä. Kyseinen tavoite vaarantuisi, jos myös muille kuin omistajatahoille suoritettava toiminta voitaisiin katsoa tehdyksi omistajien lukuun. Asiaa ei tuomioistuin mukaan muuta sekään, että määräyksen on antanut viranomainen, jos se ei ole osakkaana yhtiössä.¹⁰⁸

Toinen ennakkoratkaisukysymys *Undis Servizi* -tapauksessa koski ajankohtaa, mistä lähtien Cogesan toiminnan voitiin katsoa alkaneen sen omistamien kuntien lukuun. Cogesa oli suorittanut jätteenhuoltoa Abruzzon alueen kuntien lukuun jo ennen kuin sopimus sidosyksikösuhteen mahdollistavasta määräysvallasta oli solmittu. Tuomioistuin katsoi, että toiminta,

¹⁰⁶ C-295/05 *Asemfo* EU:C:2007:227, kohta 57. Suomessa markkinaoikeus on tapauksessa MAO 139/08 arvioinut kohdistumisen riittävyttä, ja viitaten *Asemfo* tuomioon katsonut 90 prosentin osuuden riittäväksi kohdistumiskriteerin osalta. *Weisbeek* katsoo, että tapauskohtaisesti myös suurempi ulosmyynti voi tosiasiallisesti mahdollistaa kilpailun vaarantumattomuuden, joten 90 prosentin ulosmyyntiä ei pitäisi katsoa ehdottomaksi minimirajaksi. Ks. *Weisbeek* 2013, s. 32–33.

¹⁰⁷ C-553/15, *Undis Servizi* EU:C:2016:935, kohta 27.

¹⁰⁸ C-553/15, *Undis Servizi* EU:C:2016:935, kohdat 27 – 38. Vastaavasti Suomessa on arvioitu toiminnan kohdistumista tapauksissa KHO 2012:61 ja MAO 257/10. Kyseisissä tapauksissa työterveyspalveluiden tarjoamisen ei katsottu kohdistuvan yhtiön omistajiin siltä osin, kun palveluita tarjottiin myös muille kuin yhtiön omistajille, vaikka oikeushenkilön velvollisuus tarjota työterveyspalveluita omistajapohjan ulkopuolelle perustui lain nimenomaiseen säännökseen.

joka on alkanut ennen sopimuksen solmimista ja jatkuu vielä sopimuksen solmimisen jälkeen, voidaan ottaa huomioon. Lisäksi toiminta, jonka Sulmonan kunta on lopettanut ennen toiminnan siirtymistä Cogesan hoidettavaksi ja jonka harjoittamista Cogesa jatkaa, voidaan katsoa suoritetuksi Cogesan omistajien lukuun.¹⁰⁹

Oikeuskäytännön valossa painoarvoa kohdistumiskriteerin arvioinnissa tulee antaa oikeushenkilön tosiasiallisesti hankintayksikö(i)lle suorittamalle tavara- ja palvelutuotannolle, oikeushenkilön toimintaa sääntelevän lainsäädännön teoriassa mahdollistaman toiminnan sijaan. Olennaisen osan oikeushenkilön toiminnasta tulee oikeuskäytännön mukaisesti kohdistua laadullisesti sekä määrällisesti katsottuna sen omistaviin hankintayksiköihin. Hankintayksikköön nähden kolmansille osapuolille suunnatulla toiminnalla ei ole ratkaisevaa vaikutusta kohdistumiskriteerin täyttymiseen, jos toiminta on luonteeltaan toissijaista ja liitännäistä pääasialliseen toimintaan nähden.¹¹⁰

Sánchez-Graellsin mukaan yleisesti vallitseva käsitys ennen uuden hankintadirektiivin voimaantuloa oli, että sidosyksikön toiminnasta 90 prosentin osuuden kohdistuminen omistajina oleviin hankintayksiköihin voitiin katsoa riittäväksi turvaamaan sidosyksikköpoikkeuksen kohdistumiskriteerin täytyminen, jos muu osa toiminnasta oli luonteeltaan toissijaista. Muun kuin pääasiallisen toiminnan toissijaisella luonteella on korostunut merkitys, koska muutoin koko sidosyksikön toimintatarkoitus voidaan katsoa markkinasuuntautuneeksi, mikä voi osaltaan vaikuttaa myös aikaisemmin jaksossa 2.3.1. käsitellyn kontrollikriteerin soveltumattomuuteen ja siten sidosyksikköpoikkeuksen poissulkemiseen.¹¹¹

Huikko ja *Ukkola* ovat tarkastelleet kohdistumiskriteeriä kuntien järjestämisvastuun näkökulmasta.¹¹² He katsovat, että toiminnan kohdistumisen kannalta henkilöpiirin rajat ovat oikeuskäytännön ja lainsäädännön valossa selkeät tilanteessa, jossa tarkasteltava yksikkö harjoittaa liiketoimintaansa *nimenomaisesti* siihen riittävää määräysvaltaa käyttävän tai käyttävien

¹⁰⁹ C-553/15, *Undis Servizi* EU:C:2016:935, kohdat 39 – 42. *Brown* luonnehtii tuomiota yllättäväksi, koska Cogesa oli ryhtynyt suorittamaan palvelua jo kuukautta ennen sopimuksen solmimista kunnan kanssa, eli ennen kuin kunnan voitiin katsoa kohdistavan poikkeuksen edellyttämää määräysvaltaa sidosyksikköön. Mahdollisena selityksenä tuomioistuimen valitsemalle linjalle on sidosyksikköpoikkeuksen selkeä täytyminen sopimuksen solmimisen jälkeen. Ks. *Brown* 2017, s. 97 – 101.

¹¹⁰ Ks. *Sánchez-Graells* 2015, s. 269. Suomessa 90 prosentin osuus on katsottu riittäväksi esimerkiksi tapauksessa MAO 139/08.

¹¹¹ Ks. *Sánchez-Graells* 2015, s. 269.

¹¹² Ks. *Huikko – Ukkola* 2016, s. 2. Järjestämisvastuulla he tarkoittavat oikeudellista vastuuta siitä, että lailla säädetyt palvelut ja velvoitteet tulevat säännösten mukaisesti hoidetuiksi.

hankintayksiköiden kanssa. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö ei heidän mielestään kuitenkaan tarjoa riittävästi selkeyttä siihen, miten tulisi arvioida sidosyksikön ja hankintayksikön väliseen sopimukseen nähden ulkopuolisille suoritettuja palveluita. Ratkaisuna tähän ongelmaan he tarjoavat hankintayksikön ja sidosyksikön välisen sopimuksen sisällön tarkastelua.¹¹³

Huikon ja Ukkolan mukaan: ”Jos hankintayksikön ja sen määräysvallassa olevan yksikön välisessä hankintasopimuksessa sen piiriin on määritelty varsinaisen sopimussuhteen *ulkopuolisiin henkilöihin* kohdistuva toiminta, voidaan todeta, että tällä tavalla sopimuksessa määriteltynä nämä ulkopuoliset tahot rinnastuvat määräysvaltaa käyttävään hankintayksikköön. Tällainen tilanne voisi olla esimerkiksi järjestämistä vastuulla toteutettavien palveluiden osalta.”¹¹⁴ Huikon ja Ukkolan esittämän näkemyksen kanssa on vaikea olla erimieltä.

Suomessa oikeuskäytäntö on myös kohdistumiskriteerin osalta pääosin mukailnut unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, esimerkiksi tapauksissa KHO 2012:61 ja MAO 195/11. Tapauksia kommentoinut *Halonen* katsoo, että sidosyksikköpoikkeuksen soveltuminen on kohdistumiskriteerin osalta sallinut noin 10-15 prosentin osuuden sidosyksikön liikevaihdosta muille kuin sen omistajatahoille. Jälkimmäisessä tapauksessa 12,4 prosenttia sidosyksikön liikevaihdon kohdistumisesta muille kuin sen omistajille katsottiin sallituksi. *Halonen* kuitenkin huomauttaa, että sidosyksikköjä koskevista markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeustapauksista voi olla vaikea tehdä yleispäteviä yleistyksiä niiden perusteessa usein tapauskohtaiseen harkintaan.¹¹⁵

2.3.3. Yksityisen omistuksen kieltö sidosyksikössä

Kolmantena kumulatiivisena kriteerinä sidosyksikköpoikkeukselle on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä asetettu vaatimus oikeushenkilön täydellisestä omistajuudesta siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden taholta, eli toisin sanoen yksityisen omistuksen kieltö sidosyksikössä.¹¹⁶ Asiassa C-26/03 *Stadt Halle* tarkastelun kohteena oli Hallen

¹¹³ Ks. Huikko – Ukkola 2016, s. 7–8.

¹¹⁴ Ks. Huikko – Ukkola 2016, s. 9.

¹¹⁵ Ks. Halonen 2012, s. 2–6.

¹¹⁶ Yksityisen omistuksen kieltö on oikeuskirjallisuudessa vaihtelevasti katsottu joko osaksi kontrollikriteeriä tai erotettu omaksi itsenäiseksi kriteerikseen sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisessa. Ensimmäistä tulkintalinjaa edustavat muun muassa *Caranta* sekä *Mühlenbock* ja *Kennemyr*. Ks. *Caranta* 2012, s. 27 – 28 ja Rosén Andersson ym. 2013, s. 140–141. Vrt. *Arrowsmith* 2014, s. 513 ja 516, joka vuorostaan erottaa sen omaksi kriteerikseen. *Arrowsmith* perustelee valintaansa tuomioistuimen omaksumalla ankaralla tulkintalinjalla, jonka mukaan yksityinen osakkeenomistus oikeushenkilössä sulkee automaattisesti pois mahdollisuuden hyödyntää sidosyksikköpoikkeusta. *Arrowsmithin* mielestä on keinotekoisia laskea yksityisen omistuksen kieltöä kontrollikriteerin alaan kuten *Stadt Halle* –tapauksessa tehtiin. Kontrollikriteeriä voidaan *Arrowsmithin* mielestä

kunnan pääasiallisessa omistuksessa olevan sekaomisteisen yrityksen¹¹⁷ RPL Recyclingpark Lochau GmbH:n (RPL Lochau) kanssa ilman kilpailutusta solmitun sopimuksen lainmukaisuus hankintadirektiivin soveltamisvelvollisuuden näkökulmasta.¹¹⁸ RPL Lochaun osakepääomasta hankintayksikön omistusosuus oli 75,1 prosenttia ja loput 24,9 prosenttia oli yksityisen yrityksen omistuksessa.¹¹⁹

Tuomioistuimen mukaan yksityisen tahon omistuksesta yhtiössä seuraa, ettei hankintaviranomainen voi valvoa yhtiötä kuten omia toimipaikkojaan.¹²⁰ Yksityisen omistuksen salliminen olisi ongelmallista myös yksityisen ja julkisen omistajan lähtökohtaisesti erilaisten tavoitteiden vuoksi.¹²¹ Lisäksi se olisi vastoin vapaan ja vääristymättömän kilpailun tavoitteita ja mahdollisesti loukkaisi yhdenmukaisen kohtelun vaatimusta siltä osin kuin yksityinen omistaja saisi järjestelystä etua muihin kilpailijoihinsa nähden.¹²²

Asiassa C-410/04 *ANAV* oikeudenkäynnin kohteena oli yksityisen omistuksen vaikutus sidosyksikköpoikkeuksen soveltamiseen tilanteessa, jossa italialainen Barin kunta oli tehnyt sopimuksen kuljetuspalveluiden käyttöoikeussopimuksesta täysin omistamansa AMTAB Servizio osakeyhtiön (AMTAB) kanssa ilman kilpailutusta. Barin kunta oli unionin tuomioistuimelle esitetyn ennakkoratkaisupyynnön jälkeen kuitenkin ryhtynyt toimiin AMTAB:n yksityistämiseksi, aloittamalla tarjouspyyntömenettelyn 80 prosentin osuudesta AMTAB:n osakepääomasta. Tuomioistuimen mukaan AMTABin ollessa edes osittain yksityiselle pääomalle avoin yhtiö, sitä ei voida pitää rakenteena, jolla hoidetaan hallinnon sisäisesti julkisia palveluja sille alueelliselle julkisyhteisölle, jolla on siinä osuus (*eli sidosyksikkönä*).¹²³

Vastaavaan lopputulokseen kuin *Stadt Halle* ja *ANAV* –tapauksissa tuomioistuin päätyi asiassa C-337/05 *Agusta*.¹²⁴ Tapauksessa oli kyse Italian valtion ilman kilpailutusta tekemistä

paremmin analysoida erotettuna yksityisen omistusosuuden kiellosta, koska se mahdollistaa eheämmän kuvan ja monipuolisempien näkökulmien muodostamisen sidosyksikköpoikkeuksen kehityksen osalta. Myös uudessa hankintadirektiivissä yksityisen omistuksen kieltä on erotettu omaksi ”kolmanneksi” kriteerikseen, mistä johdetaan yksityisen omistuksen kieltä käsitellään erillisenä kontrollikriteeristä tässä tutkielmassa.

¹¹⁷ Sekaomisteisella yrityksellä tarkoitetaan tässä tutkimuksessa yritystä, jonka omistajina on sekä yksityisen sektorin että julkisen sektorin omistajia.

¹¹⁸ C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5.

¹¹⁹ C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5, kohta 15.

¹²⁰ *Ibid.*, kohta 49. Tuomioistuin tulkitsi yksityistä omistusta kontrollikriteerin kautta, kuten edellä alaviitteessä on huomautettu.

¹²¹ *Ibid.*, kohta 50.

¹²² *Ibid.*, kohta 51.

¹²³ C-410/04 *ANAV* EU:C:2006:237.

¹²⁴ C-337/05 *Agusta* EU:C:2008:203.

helikopterihankinnoista Agusta SpA yhtiöltä. Komission nostaman kanteen mukaan Italian valtion olisi tullut kilpailuttaa kyseiset hankinnat direktiivin 93/36/ETY mukaisella menettelyllä, minkä Italian valtio kiisti vedoten sidosyksikköpoikkeukseen. Sopimuksen kohteena oleva yhtiö oli kuitenkin koko olemassaolonsa ajan ollut osittain yksityisessä omistuksessa, mikä johti sidosyksikköpoikkeuksen poissulkemiseen.¹²⁵

Asiassa C-574/12, *SUCH* yksityisen omistuksen vaikutusta tarkasteltiin vuorostaan tilanteessa, jossa hankintayksikkönä ollut keskussairaala Centro Hospitalar de Setúbal EPE oli tehnyt sopimuksen ateriapalveluita toimittavan Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) kanssa ilman kilpailutusta. SUCH oli voittoa tavoittelematon yhdistys, jonka jäsenistö koostui hankintayksiköistä, kuten Centro Hospitalar de Setúbal EPEstä, sekä voittoa tavoittelemattomista sosiaalialan hyväntekeväisyysjärjestöistä. Ennakkoratkaisukysymyksenä tuomioistuimelle esitettiin: tulisiko yksityisen omistuksen olemassaoloon suhtautua tässä tapauksessa toisin kuin aikaisemmassa oikeuskäytännössä on suhtauduttu yksityisten yritysten osakkeenomistukseen yhteisomisteisissa oikeushenkilöissä, koska hyväntekeväisyysjärjestöjen toimintaperiaatteet poikkeavat ensisijaisesti voittoa tavoittelevista yrityksistä ja SUCH on voittoa tavoittelematon yhdistys?¹²⁶

Tuomioistuimen mukaan pelkästään sen tosiseikan perusteella, että SUCH:n yksityiset jäsenet eivät tavoitelleet voittoa toiminnallaan, ei voida katsoa SUCH:n toimintaa markkinoille suuntautumattomaksi toiminnaksi. Hyväntekeväisyysjärjestöt voivat tarkoituksestaan huolimatta tarjota palveluitaan markkinoille, tavoitella muita kuin luonteeltaan yleisen edun mukaisia päämääriä, olla muiden markkinatoimijoiden kilpailijoina ja siten saada myös kilpailuedun sidosyksikköasemasta.¹²⁷ Tuomioistuin päätyikin myös *SUCH* -tapauksessa samaan lopputulokseen kuin edellä kuvatuissa tapauksissa ja katsoi, että yksityisen omistuksen olemassaolo poissulkee automaattisesti sidosyksikköpoikkeuksen soveltamismahdollisuuden, vaikka SUCH:n jäsenistö koostui hankintayksiköiden lisäksi ainoastaan yksityisistä voittoa

¹²⁵ C-337/05 *Agusta* EU:C:2008:203, kohdat 40 ja 41. Samoin ks. myös C-231/03 *Coname* EU:C:2005:487, kohta 26. Suomessa yksityisen omistuksen olemassaolon on katsottu poissulkevan sidosyksikköaseman esimerkiksi tapauksissa MAO:119/09 ja MAO:120/09.

¹²⁶ C-574/12 *SUCH* EU:C:2014:2004, kohdat 30 – 32.

¹²⁷ *Ibid.*, kohta 40. Tapausta kommentoinut *Brown* katsoo, että tuomion lopputulos oli odotettu ja se noudattelee pitkälti aikaisemmassa oikeuskäytännössä vakiintunutta tulkintalinjaa. Ks. *Brown* 2014, s. 136 – 137. Samoin ks. myös Hausmann – Beaujean 2014, s. 217.

tavoittelemattomista hyväntekeväisyysjärjestöistä ja SUCH oli itse voittoa tavoittelematon yhdistys.¹²⁸

Yksityisen omistuksen ajalliseen vaikuttavuuteen tuomioistuin on ottanut kantaa asiassa C-29/04 *komissio vastaan Itävalta*. Tapauksessa oli kyse itävaltalaisen kunnan perustamasta jätehuoltoyrityksestä, jonka osakepääomasta 49 prosenttia myytiin sopimuksen solmimisen jälkeen yksityiselle yritykselle ennen kuin perustettu jätehuoltoyritys oli edes ehtinyt aloittaa toimintaansa.¹²⁹ Tuomioistuin linjasi, ettei sidosyksikkösääntelyä voida soveltaa tilanteeseen, jossa hankintayksikkö perustaa erillisen oikeushenkilön sidosyksikkösääntelyn hyödyntämiseksi, mutta melkein välittömästi sopimuksen tekemisen jälkeen myy yksityiselle yritykselle osan oikeushenkilön osakekannasta.¹³⁰

Perustettu yhtiö sai sopimuksen mukaan jätehuollon järjestämiseen liittyvät palvelut yksinoikeudella ja määrittämättömäksi ajaksi hoidettavakseen. Tuomioistuimen mukaan kyse oli keinotekoisesta järjestelystä ja tällaisia tapahtumia tuli tarkastella yhtenä kokonaisuutena, jonka tarkoituksena oli sopimuksen tekeminen osittain yksityisessä omistuksessa olevan yrityksen kanssa. Muunlainen tulkinta mahdollistaisi julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön kiertämisen ja vaarantaisi hankintasääntelyn tavoitteiden toteutumisen.¹³¹

Yksityisen omistuksen ajallista vaikuttavuutta sidosyksikköpoikkeuksen soveltamiseen on punnittu myös tapauksessa C-573/07 *Sea*. Tuomioistuimen mukaan koskaan ei voi olla täyttä varmuutta siitä, tullaanko yhtiön osakekantaa tai osaa siitä joskus tulevaisuudessa myymään yksityiselle taholle. Tällaisen vaatimuksen edellyttäminen olisi vastoin oikeusvarmuuden periaatetta. Kaukaisessa tulevaisuudessa yksityiselle yritykselle mahdollisesti tapahtuvaa myyntiä ei voida ottaa huomioon yksityisen omistuksen kriteeriä arvioitaessa, vaan sen tulee olla havaittavissa sopimuksentekohetkellä.¹³²

Teoreettinen mahdollisuus osakekannan avaamisesta joskus tulevaisuudessa ei riitä kumoamaan sidosyksikkösääntelyn soveltumisedellytyksiä tapauksissa, joissa yhtiön osakekanta

¹²⁸ C-574/12 *SUCH* EU:C:2014:2004, kohdat 44 ja 46.

¹²⁹ C-29/04 *Komissio vastaan Itävalta* EU:C:2005:670.

¹³⁰ C-29/04 *Komissio vastaan Itävalta* EU:C:2005:670, kohdat 48 ja 49.

¹³¹ C-29/04 *Komissio vastaan Itävalta* EU:C:2005:670, kohdat 39 – 46.

¹³² C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohdat 49 ja 50.

on täydellisesti hankintayksiköiden omistuksessa, eikä ole viitteitä tulevasta yksityistämisestä.¹³³ Yksityisen omistusoosuuden salliminen yhtiöön sopimuksen voimassaoloaikana tarkoittaisi tuomioistuimen mukaan kuitenkin sopimuksen perustavanlaatuisten edellytysten muuttamista, minkä seurauksesta sopimus tulisi kilpailuttaa hankintalainsäädännön mukaisesti.¹³⁴

Aivan ehdoton yksityisen omistuksen kieltö sidosyksikössä ei kuitenkaan ole. Tapauksessa C-196/08 *Acoset* tuomioistuin nimittäin katsoi sallituksi sopimuksen tekemisen hankintayksikön ja yksityisen yrityksen yhdessä omistaman sekaomisteisen yrityksen kanssa tilanteessa, jossa yksityinen yritys oli valittu jo aiemmin järjestetyn kilpailutuksen perusteella osakkaaksi kyseiseen yritykseen ja yritys sai ainoastaan kilpailutuksessa määritellyt tehtävät hoidettavakseen.¹³⁵ Vastaavissa tilanteissa kaksinkertaisen kilpailuttamisen edellyttäminen olisi tuomioistuin mielestä jäykistänyt liiaksi yksityisen ja julkisen välisiä yhteistyönmuotoja, joten se katsoi menettelyn sallituksi.¹³⁶

Edellä käsitellyn oikeuskäytännön perusteella tuomioistuimen jyrkästi kielteinen kanta yksityiseen omistukseen sidosyksiköissä perustuu yksityisen omistuksen lähtökohtaisesti eroaviin tavoitteisiin suhteessa julkisoikeudellisten omistajien tavoitteisiin. Yksityiset yritykset pyrkivät ensisijaisesti maksimoimaan voittonsa, mikä ei ole julkisia palveluita tuottavien sidosyksiköiden pääasiallinen tavoite tai tarkoitus tuomioistuimen näkemyksen mukaan. Sidosyksikön osakkaana oleva yksityinen yritys pääsisi myös osuutensa turvin verovaroin rahoitettua palvelutuotannon omistajaksi, eikä sen muilla kilpailijoilla olisi mahdollisuuksia

¹³³ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 51.

¹³⁴ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 53. Tuomioistuin viittaa kohdassa muun muassa asioissa C-496/9 P *Succhi di Frutta* EU:C:2004:236 ja C-454/06 *Pressetext* EU:C:2008:351 lausumiinsa seikkoihin, joiden ollessa käsillä sopimuksen katsotaan muuttuneen niin olennaisesti hankintailmoituksessa ilmoitetusta, ettei sitä voida katsoa enää alkuperäisen kilpailutuksen mukaiseksi. *Al-Tabbaan* mukaan unionin tuomioistuimen *Sea* -tapauksessa tekemä linjaus heikentää sidosyksikköpoikkeuksen hyödyntämisen oikeusvarmuutta huomattavasti, eikä tuomio huomioi pitkäkestoisten sopimuksen aikana tapahtuvia luonnollisia olosuhdemuutoksia. Ks. *Al-Tabbaa* 2016, s. 166 – 178. *Arrowsmith* on kiinnittänyt huomiota yksityistämiseen ja sen seurauksesta mahdollisesti aktivoituvaa hankintasopimuksen uudestaan kilpailuttamisvelvollisuuteen jo vuonna 1997. Ks. tarkemmin *Arrowsmith* 1997.

¹³⁵ C-196/08 *Acoset* EU:C:2009:628. Tuomioistuin asetti kuitenkin vastaavissa tapauksissa suoritettavalle kilpailutukselle useita erityisehtoja. Ensinnäkin kilpailutuksen tulee luonnollisesti olla yhteisön sääntöjen mukaan toteutettu. Lisäksi kilpailutuksen tulee muun muassa määrittää sopimuskumppanin teknistä ja taloudellista kykyä suoriutua sopimuksen mukaisista toimintavelvoitteista. Sekaomisteisen yrityksen toimialan tulee myös pysyä samana koko sopimuksen voimassaolon ajan. Toimialan muuttuminen katsottaisiin sopimuksen olennaiseksi muuttamiseksi, mikä edellyttäisi tuomioistuimen mukaan sen uutta kilpailuttamista. Ks. kohdat 62 ja 63.

¹³⁶ C-196/08 *Acoset* EU:C:2009:628, kohta 58.

tarjota hyödykkeitään hankintayksikölle, koska sidosyksikkö tyydyttää hankintayksikön palvelutarpeen kyseisten hyödykkeiden osalta.

Oikeuskäytännössä yksityistä omistajuutta sidosyksikössä on arvioitu lähinnä osakkeenomistajuuden näkökulmasta. Komission mukaan kiellettyä yksityistä omistajuutta ei muodosta yksityiseltä sektorilta olevat lainat, ellei kyseinen rahoitusjärjestely salli osakepääoman käyttämistä lainan maksuvaihtoehtona.¹³⁷ Tuomioistuimen jyrkän kielteiseen kantaan nähden uuteen hankintadirektiiviin on kirjattu yksityisen omistuksen ehdottomalta vaikuttaneeseen kieltoon nähden muutama lievennys, joita käsitellään tarkemmin tutkielman seuraavassa osassa.

Ajallisesti yksityisen omistajuuden vaikutusta sidosyksikköpoikkeuksen täyttymiseen arvioidaan pääsääntöisesti sopimuksentekohetkellä vallitsevien olosuhteiden perusteella. Sopimuksentekohetkellä olemassa oleva teoreettinen mahdollisuus yksityisestä omistuksesta sidosyksikössä ei estä sidosyksikköpoikkeuksen täyttymistä, ellei jo sopimuksentekohetkellä voida objektiivisesti katsottuna todeta sen olevan lähitulevaisuudessa todennäköistä¹³⁸. Menettely voidaan kuitenkin tulkita keinotekoiseksi tavaksi hyödyntää sidosyksikköpoikkeusta, jos lyhyen ajan kuluessa sopimuksen solmimisesta sidosyksikkö siirtyy osittain yksityiseen omistukseen.

2.4. Uuden klassisen sektorin hankintadirektiivin eroavaisuudet verrattuna unionin tuomioistuimen sidosyksikköjä koskevaan oikeuskäytäntöön

Vuonna 2014 unionin tasolla saavutettiin yhteisymmärrys uudesta hankintalainsäädännöstä, kun Euroopan parlamentti hyväksyi kolme uutta hankintadirektiiviä. Vuoden 2004 hankintadirektiivi sekä erityisalojen direktiivi kokonaisuudistettiin ja niiden lisäksi säädettiin uusi käyttöoikeussopimuksia koskeva direktiivi.¹³⁹ Uuden klassisen sektorin hankintadirektiivin tavoitteena on sitä edeltäneiden direktiivien tavoin mahdollistaa kilpaillut sisämarkkinat ja parantaa niiden kilpailukykyä.¹⁴⁰

¹³⁷ Ks. Comission Staff working paper 2011, s. 8.

¹³⁸ C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 50.

¹³⁹ Ks. Pekkala ym. 2017, s. 23.

¹⁴⁰ Ks. Pekkala ym. 2017, s. 24. Direktiivin tavoitteista ks. myös Huikko 2014, s. 184–187.

Näihin tavoitteisiin uudessa direktiivissä pyritään hankintamenettelyn sujuvoittamisen ja hankintayksiköille enemmän harkinnanvaraa tarjoavien menettelytapojen mahdollistamisella. Uusi hankintadirektiivi sisältää myös hankintayksiköiden vertikaalista ja horisontaalista yhteistyötä koskevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön, mikä kodifioitiin uuteen hankintadirektiiviin.¹⁴¹ Sidosyksikköjä koskevaa sääntelyä ei saatu mukaan vuoden 2004 klassisen sektorin direktiiviin, koska jäsenvaltiot eivät tuolloin päässeet yhteisymmärrykseen komission sidosyksikkösääntelyehdotuksesta, mutta uudessa direktiivissä vertikaalista yhteistyötä koskeva oikeuskäytäntö on kodifioituna muutamain muutoksin direktiivin 12 artiklan 1–3 ja 5 kohtiin.¹⁴²

Sidosyksikkösääntelyn sisällyttämisellä direktiivin pyritään lisäämään oikeusvarmuutta sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisessa. Tavoitetta haittaavat kuitenkin lukuisat direktiivin sisällytetyt unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä poikkeavat sääntelyratkaisut.¹⁴³ *Sánchez-Graells* kritisoi sidosyksikkösääntelyn sisältävää 12 artiklaa, koska direktiivi poikkeaa unionin tuomioistuimen luomasta tiukasta sidosyksikkösääntelystä, jonka ensisijaisena tavoitteena on ollut varmistaa sisämarkkinoiden kilpailun toimivuus rajaamalla sidosyksiköiden käyttö tilanteisiin, joissa kilpailu ei tosiasiallisesti vaarantuisi.¹⁴⁴

Sánchez-Graellsin mukaan direktiivissä ei tyydytä ainoastaan toistamaan unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä, vaan direktiivillä luodaan uutta sääntelyä tavalla, joka saattaa vaarantaa direktiivien roolin sisämarkkinoiden kilpailun turvaajana.¹⁴⁵ Hankintadirektiivin 12 artiklan 1 kohdan alakohdassa b) ja 3 kohdan alakohdassa b) asetetaan ensinnäkin todella salliva ja oikeuskäytännöstä poikkeava raja kohdistumiskriteerin osalta. Tapauksessa *Car-*

¹⁴¹ Horisontaalisella yhteistyöllä tarkoitetaan kahden hankintayksikön yhteistoimintaa, jota ne suorittavat yhdistäen voimavaransa yleisen edun mukaisen tavoitteen saavuttamiseksi. Horisontaalista yhteistyötä säännellään hankintalain 16 §:ssä ja se on rajattu tämän tutkielman ulkopuolelle. Vertikaalisesta yhteistyöstä puhuttaessa tarkoitetaan vuorostaan sidosyksikköjen ja hankintayksiköiden välistä suhdetta. Tutkielman painopiste on ainoastaan vertikaalisen yhteistyön tarkastelussa.

¹⁴² *Weltzien* katsoo, että kompromissin saavuttamatta jääminen vuoden 2004 direktiivin osalta saattoi johtua jäsenmaiden erilaisista tavoista hyödyntää sidosyksiköitä kansallisesti. Ks. *Weltzien* 2005, s. 252.

¹⁴³ *Janssenin* mukaan oikeusvarmuuden lisäämisessä ei kuitenkaan täysin onnistuttu, koska direktiivi sisältää ainoastaan osan tuomioistuimen sidosyksikköjä käsittävästä oikeuskäytännöstä, mikä heikentää oikeusvarmuutta ennen uuden oikeuskäytännön kehittymistä. Ks. *Janssen* 2014, s. 180.

¹⁴⁴ Ks. *Sánchez-Graells* 2015, s. 269.

¹⁴⁵ *Ibid.*

botermo unionin tuomioistuin katsoi 80 prosentin osuuden sidosyksikön liikevaihdosta riittämättömäksi osuudeksi kohdistumiskriteerin osalta, mutta oikeuskäytännöstä poiketen 80 prosentin osuus sidosyksikön toiminnasta valittiin direktiivin sääntelyratkaisuksi.¹⁴⁶

Toiseksi Sánchez-Graells kohdistaa kritiikkinsä direktiivin 12 artiklan 1 kohdan alakohtaan c), kohtaan 2 ja kohdan 3 alakohtaan c), mitkä sääntelevät yksityisen omistuksen kieltoa sidosyksikössä. Lähtökohtaisesti yksityinen omistusosuus sidosyksikössä estää sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisen edelleen, mutta mainitut kohdat sallivat sidosyksiköissä perussopimuksen mukaiset kansallisissa säännöksissä vaaditut yksityisen pääomaosuuden muodot ilman määräysvaltaa ja ilman suojaamista, kunhan ne eivät vaikuta ratkaisevasti määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksiin. Sánchez-Graells katsoo, että kyseiset yksityisen omistuksen muodot voivat vaarantaa kilpailuneutraliteettia, koska sääntely mahdollistaa yksityisille yrityksille kilpailuedun suhteessa niiden kilpailijoihin, jos yksityinen yritys pääsee uuden sääntelyn ansiosta osalliseksi sidosyksikön toimintaan.¹⁴⁷

Kolmanneksi yhteisomisteisten sidosyksiköiden riittävän kontrollin arviointi määritettiin direktiivin 12 artiklan 3 kohdan alakohdissa i - iii) tavalla, mikä muuttaa kontrollikriteerin aiemmin selkeästi funktionaalista arviointia jäykempään suuntaan. Kyseisten alakohtien mukaan yhteisomisteisessa oikeushenkilössä kontrollikriteerin voidaan katsoa täyttyvän tapauksissa, joissa seuraavat edellytykset täyttyvät: oikeushenkilön päätöksentekuelimet koostuvat omistajien edustajista (yksi omistaja voi yhä edustaa muita), hankintayksiköt pystyvät yhteisesti käyttämään määräysvaltaansa oikeushenkilön strategiaan tavoitteisiin että merkittäviin päätöksiin ja oikeushenkilön toiminta ei ole ristiriidassa sen omistajien tavoitteiden kanssa.¹⁴⁸

Sánchez-Graells kritisoi myös sidosyksikköpoikkeuksen erkanemista sen vertikaalisesta luonteesta ja *Teckalissa* asetetusta vastaavan määräysvallan käyttämisen välittömyydestä.¹⁴⁹

¹⁴⁶ Toisaalta *Carbotermossa* oli kyse ainoastaan erityisalojen direktiivin sisältämän sidosyksikköpoikkeuksen analogisen soveltamisen sallittavuudesta, minkä tuomioistuin hylkäsi. Tapauksessa ei ollut kyse nimenomaisesti ja ainoastaan jonkun tietyn prosentuaalisen osuuden riittävydestä kontrollikriteerin osalta, kuten Sánchez-Graells myös huomauttaa. Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 270.

¹⁴⁷ Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 270–271. Samoin ks. Ølykke – Andersen 2015.

¹⁴⁸ Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 271. Kyseinen kohta näyttäisi ainoastaan kodifioivan aiemman oikeuskäytännön yhteisomisteisten oikeushenkilöiden osalta. *Sánchez-Graellsin* mielestä se voi kuitenkin osoittautua ongelmalliseksi, jos direktiiviä tulkitaan tiukasti sanamuodon mukaisesti. Tällöin liian tarkkarajainen ja funktionaalista arvioinnista erkaneva tulkintatapa voi vähentää hankintayksiköiden mahdollisuuksia käyttää sidosyksikköä yhteistoiminnan välineenä ja osaltaan lisätä oikeudenkäyntien määrää. Vrt. Clarke 2015 s. 111. Clarke ennakoii tuomioistuimen pitäytyvän funktionaalisisessa arviointitavassaan direktiivistä huolimatta.

¹⁴⁹ Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 271.

Sidosyksikköpoikkeuksen hyödyntäminen sallitaan direktiivissä nimittäin myös hankintayksikön omistamien sidosyksiköiden välillä. Sidosyksikön ei tarvitse kilpailuttaa hankintoja, jotka sidosyksikkö tekee emoyhtiönsä eli hankintayksikön alaiselta toiselta sidosyksiköltä tai määräysvaltaa sidosyksikköön käyttävältä hankintayksiköltä. Kyseinen sidosyksiköiden välinen hankintamenettely tunnetaan nimellä in-house sisters ja sidosyksikön hankintayksiköltä tekemä hankinta vuorostaan käänteisenä sidosyksikköhankintana.¹⁵⁰ Sánchez-Graells katsoo, että in house sisters ja käänteisten sidosyksikköhankintojen mahdollistaminen voi muiden oikeuskäytännöstä tehtyjen poikkeusten ohella aiheuttaa kilpailun neutraalisuuden vääristymistä direktiivin sidosyksikkösääntelyn poiketessa huomattavasti unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä.¹⁵¹

Burgi vuorostaan kritisoi tarpeettomien lisäкитеereiden ja oikeuskäytännössä täsmentymättömien termien lisäämistä direktiiviin. Hänen mielestään olisi ollut helpompaa vain sisällyttää unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntö sellaisenaan direktiiviin. Direktiivin 12 artiklan kirjoitustapa ei Burgin mukaan myöskään täytä direktiivin johdannossa asetettuja tavoitteita oikeusvarmuuden lisäämisestä ja lainsäädännön selkiyttämistä.¹⁵² Direktiivin tasoisella sääntelyllä on kuitenkin pitkällä aikavälillä todennäköisesti enemmän oikeusvarmuutta lisäävä vaikutus, kuin sitä heikentävä vaikutus, vaikka oikeuskirjallisuudessa sidosyksikkösääntelyn kodifiointiin ei täysin tyytyväisiä oltukaan.

2.5. Hankintalain sääntelyn poikkeavuus hankintadirektiivin sidosyksikkösääntelystä

Suomessa uusi hankintadirektiivi implementointiin myöhässä uuden hankintalain tullessa voimaan vasta 1.1.2017. Uutta hankintalakia edeltänyt vuoden 2007 hankintalaki (2007/348, vanha hankintalaki) sisälsi jo sidosyksikkösääntönsä, mutta uuden hankintalain myötä sääntely muuttui merkittävästi.¹⁵³ Suomi poikkesi omassa sääntelyratkaisussaan huomattavasti tiukempaan suuntaan direktiivin mahdollistamasta kohdistumiskriteerin 80 prosentin liikevaihtovaatimuksesta. Hankintalaissa sidosyksiköille sallituksi ulosmyynniksi asetettiin

¹⁵⁰ Ks. Määttä – Vuotilainen s. 228.

¹⁵¹ Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 271. Direktiivin sääntelyratkaisuiden vaikutuksista Suomessa ks. tutkielman kappale 4.

¹⁵² Ks. Burgi 2014, s. 53 ja s. 58–59. *Janssen* on myös kyseenalaistanut oikeusvarmuuden riittävän toteutumisen. Ks. Janssen 2014, s. 179.

¹⁵³ Vanhan hankintalain 10 § sisälsi unionin tuomioistuimen *Teckal* -tapauksessa lausuman sidosyksikköpoikkeuksen hieman muunneltuna. *Kaarresalon* mukaan kyseinen säännös kuitenkin poikkesi unionin tuomioistuimen sidosyksikköjä koskevasta oikeuskäytännöstä siten, että se oli lakiin sisällytetty itsenäinen soveltamisalapoikkeus. Unionin tuomioistuin vuorostaan on tarkastellut asiaa ensisijaisesti hankintasopimuksen solmimisen näkökulmasta. Ks. Kaarresalo 2008, s. 245. Ks. myös Määttä – Vuotilainen 2017, s. 213 ja 215.

5 prosenttia tai 500 000 euroa sidosyksikön kokonaisliikevaihdosta. Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmä oli mietinnössään ehdottanut oikeuskäytännössä vakiintuneen 90 prosentin liikevaihto-osuuden sisällyttämistä uuteen hankintalakiin, eli toisin sanoen 10 prosentin ulosmyynnin sallimista.¹⁵⁴

Sidosyksikkö voi poikkeuksellisesti kasvattaa ulosmyyntiään 10 prosenttiin kokonaisliikevaihdostaan ilman 500 000 euron rajoitusta, jos sidosyksikön toimialalla ei ole kilpailua. Voidakseen hyödyntää suurempaa ulosmyyntiprosenttia, sidosyksikön omistavan hankintayksikön täytyy julkaista avoimuusilmoitus, jossa ilmoitetaan suunnitellusta ulosmyynnin laajentamisesta muille markkinatoimijoille. Mikäli avoimuusilmoitukseen ei tule vastauksia, joissa ilmoitetaan kilpailevan toiminnan olemassaolosta, voi sidosyksikkö suunnata markkinoille 10 prosenttia toiminnastaan kolmen vuoden ajan.¹⁵⁵

Toisen poikkeuksen viiden prosentin ja 500 000 euron rajasta muodostaa sidosyksikön ulosmyynnin vähäisyys. Jos sidosyksikkö ei ole sopimuksentekoa edeltävillä kolmella tilikaudella kohdistanut toimintaansa muihin kuin määräysvaltaa sidosyksikössä käyttäviin tahoihin yli 100 000 euroa, ei viiden prosentin rajoitusta sovelleta. Tämä poikkeus on otettu lakiin pienten sidosyksiköiden ulosmyynnin mahdollistamiseksi, eikä toiminnan katsota vaarantavan kilpailuneutraliteettia ulosmyynnin vähäisyyden vuoksi.¹⁵⁶

Hankintalain 174 §:n 3 momenttiin sisällytetyn sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisalaa koskevan siirtymäsäännöksen mukaisesti tiukempaa 5 prosentin ja 500 000 euron ulosmyyntirajoitusta tulee noudattaa muilla kuin sosiaali- ja terveystalvelujen aloilla 1.1.2019 alkaen. Sosiaali- ja terveystalvelujen aloilla hankintalain tiukan sidosyksikkösääntelyn noudattaminen tulee ajankohtaiseksi 1.1.2020 alkaen. Siihen asti on voimassa vanhan hankintalain mukainen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vakiintunut 10 prosentin ulosmyyntiraja.

¹⁵⁴ Ks. TEM 37/2015, s. 110. Ulosmyynnin sallitusta rajasta esitetyt näkemykset vaihtelivat 0 – 20 prosentin välillä. Ks. Kuntaliiton täydentävä lausuma eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016, s. 1. Kuntaliitto kritisoi lakia säädettäessä hallituksen esitystä erityisesti puutteellisista selvityksistä sidosyksiköiden väitettyjen kilpailuneutraliteettiongelmiin todelliseen suuruusluokkaan liittyen. Kuntaliiton mukaan tiukat ulosmyyntirajat tekevät sidosyksikkösääntelyn soveltamisesta kohtuuttoman vaikeaa hankintayksiköille. Kuntaliitto puolsikin direktiivin mahdollistamaa 80 prosentin liikevaihtorajan sisällyttämistä hankintalakiin. Ks. Kuntaliiton täydentävä lausuma eduskunnan talousvaliokunnalle 14.11.2016, s. 5–8 ja Kuntaliiton lausunto eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle 27.9.2016, s. 1–3.

¹⁵⁵ Avoimuusilmoituksesta tarkemmin ks. tutkielman jakso 4.5.2.

¹⁵⁶ HE 108/2016 vp, s. 101 - 102

Suomen valitsemaa linjaa on hankintalain hallituksen esityksessä perusteltu kilpailuneutraaliteetin turvaamisella. Erityisesti suurien sidosyksiköiden harjoittamaa markkinatoimintaa haluttiin suitsia.¹⁵⁷ Hallituksen esityksen mukaan sidosyksiköt saavat hyötyä erityisestä suhteestaan julkisomisteiseen hankintayksikköön, koska ne saavat hankintayksiköiltä ehdoitetaan edullisia hankintasopimuksia, joita ei ole tarvinnut kilpailuttaa. Jos sidosyksiköt voisivat tarjota vähäistä suuremmissa määrin palvelujaan muille kuin omistajilleen, voisivat sidosyksiköt saada epäreilua etua muihin markkinatoimijoihin nähden ja vaarantaa kilpailun tasapuolisuutta. Suurikokoisten sidosyksiköiden osalta kilpailua vääristävä ulosmyynti voisi olla useita miljoonia euroja.¹⁵⁸

Valittua sääntelyratkaisua voidaan pitää esimerkkinä yksityisen sektorin lobbauksen onnistumisesta. Suomen tavoin direktiivistä tiukempaan sääntelyratkaisuun ulosmyyntiprosentin osalta on päätynyt ainoastaan Puola.¹⁵⁹ Suomen valitsemaa tiukempaa sääntelyratkaisua ja sen vaikutuksia tarkastellaan tarkemmin tutkielman neljännessä kappaleessa.

¹⁵⁷ HE 108/2016 vp, s. 48.

¹⁵⁸ HE 108/2016 vp, s. 101.

¹⁵⁹ Ks. PTCServices Oy:n lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 6.10.2016, s. 6–7. Samoin ks. Hartung – Kuźma 2018, s. 174 ja Kuntaliiton täydentävä lausuma eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016, s. 1.

3. KILPAILUNEUTRALITEETTI – TAVOITTEENA TASAPUOLISET KILPAILUOLOSUHTEET

3.1. Kilpailuneutraliteetin määritelmästä

Kilpailuneutraliteetin määritelmä ei ole täysin vakiintunut oikeuskirjallisuudessa. Tyhjentävän määritelmän esittäminen ei ole myöskään helppo tehtävä, koska kilpailuneutraliteetti sijoittuu markkinoiden laaja-alaisen käsitteen alaisuuteen. Lainsäädännöllisessä kontekstissa kilpailuneutraliteetti voidaan määritellä markkinoiden kilpailuolosuhteiden tasapuolisuuden turvaamiseen tähtääviksi sääntelytoimiksi, joiden tarkoituksena on mahdollistaa ja turvata vääristymätön kilpailu eri markkinatoimijoiden välillä. Suomessa kilpailuneutraliteettia käsittelevä oikeuskirjallisuus on painottunut viime vuosina erityisesti julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan tasapuolisten toimintaedellytysten tarkasteluun¹⁶⁰.

Euroopan unionin komissio on määritellyt kilpailuneutraliteetin OECD:lle antamassa lausunnossaan kilpailua valvovan viranomaisen ja/tai lainsäätäjän toimenpiteiksi, joiden tarkoituksena on poistaa markkinoille hyödykkeitä tarjoavien julkisomisteisten yritysten kilpailua vääristävät edut tai haitat, joita kyseisillä yrityksillä saattaa olla suhteessa niiden yksityisiin kilpailijoihin nähden valtion omistajuuden tai valtion osallisuuden seurauksesta.¹⁶¹ Kilpailu- ja kuluttajavirasto määrittelee kilpailuneutraliteetin huomattavasti niukkasanasemmin. Kilpailu- ja kuluttajaviraston mukaan kilpailuneutraliteetilla tarkoitetaan julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan tasapuolisia toimintaedellytyksiä.¹⁶²

Määtän mukaan kilpailuneutraliteetti tarkoittaa: ”tavoitetilaa, jossa eri toimijat osallistuvat keskinäiseen kilpailuun markkinoilla ilman, että osalla olisi käytössään sellaisia taloudellisia etuja, joista toiset ovat jo säädösten perusteella poissuljettuja, tai ne saavat ainoastaan vähäi-

¹⁶⁰ Esimerkkeinä oikeuskirjallisuudessa käydystä keskustelusta Ks. Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 100. Samoin ks. Halonen 2018, s. 60 ja Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011, s. 151–152.

¹⁶¹ Määritelmä on kirjoittajan suomennos, jonka alkuperäinen englanninkielinen versio kuuluu seuraavasti: ”*Competitive neutrality may be defined as policies undertaken by a competition enforcer and/or regulator to remove any unfair competitive advantages or disadvantages that public undertakings, which are involved in commercial activities, may experience over their privately-owned competitors, simply as a result of government ownership or involvement.*” Ks. Komission lausunto OECD:lle, s. 2.

¹⁶² Kilpailu- ja kuluttajaviraston verkkosivut 2018. Kilpailu- ja kuluttajavirasto vastaa Suomessa kilpailuneutraliteetin valvonnasta. Viime vuosina kilpailuneutraliteettia koskevat lainsäädäntöuudistukset ovat kohdistuneet etenkin kuntien markkinoille suuntautuvan elinkeinotoiminnan yhtiöittämistä koskevaan lainsäädäntöön. Kilpailu- ja kuluttajaviraston suorittamasta valvonnasta laajemmin ks. tutkielman kappale 3.3.

semmän osan näistä eduista kuin muut ja jotka tekijät eivät perustu toimijoiden omaan tehokkuuteen elinkeinotoiminnassa.”¹⁶³ OECD:n vuonna 2012 julkaiseman kilpailuneutraliteettiraportin mukaan kilpailuneutraliteetti ilmenee silloin, kun markkinatoimijoihin ei kohdistu oikeudettomia kilpailuetuja tai –haittoja.¹⁶⁴ *Valkama* ja *Virtanen* katsovat, että kilpailuneutraliteettiongelmat voivat esiintyä myös pelkästään yksityisten tai pelkästään julkisen vallan omistamien elinkeinonharjoittajain välillä.¹⁶⁵ Tässä tutkielmassa kilpailuneutraliteetillä tarkoitetaan pääsääntöisesti yksityisen ja julkisen elinkeinotoiminnan tasapuolisia toimintaedellytyksiä ja niiden turvaamiseen tähtääviä lainsäädäntötoimia.

Valinnan perusteluina ovat ensinnäkin kyseisen määritelmän – tai lähes identtisten määritelmien – kohtalainen toistuvuus oikeuskirjallisuudessa.¹⁶⁶ Toiseksi se havainnollistaa ja huomioi kilpailuneutraliteettisääntelyn tavoitteen ja pyrkimyksen myös julkisen elinkeinotoiminnan edellytysten turvaamisessa, sellaisten näkemysten sijaan, että kilpailuneutraliteettisääntelyn avulla pyrittäisiin suojelemaan ainoastaan yksityissektoria julkisen sektorin markkinatoiminnan mahdollisesti aiheuttamilta kilpailun vääristymiltä.¹⁶⁷ Määritelmän painottaessa julkisen ja yksityisen sektorin tasapuolisia toimintaedellytyksiä markkinoilla, havainnollistaa se samalla oivallisesti tutkielman tutkimusongelman ydintä, eli sidosyksiköiden harjoittamasta ulosmyynnistä mahdollisesti aiheutuvia vaikutuksia kilpailun tasapuolisuuteen yksityisten toimijoiden ja julkisomisteisen sidosyksikön välillä.

Kilpailuneutraliteetin sääntely on EU:n tasolla kehittynyt valtiontuki- ja kilpailusääntelyn piirissä osana sisämarkkinoiden toiminnan turvaamisen tavoitetta, mutta kilpailuneutraliteettisääntely kattaa näiden kahden nimenomaisen sääntelykentän lisäksi paljon muutakin.¹⁶⁸ Suomessa kilpailuneutraliteetin sääntely muodostuu valtiontukisääntelystä, SEUT 345 artik-

¹⁶³ Ks. Määttä 2012, s. 5.

¹⁶⁴ Ks. OECD 2012, s. 9 ja 17.

¹⁶⁵ Ks. *Valkama – Virtanen* 2009, s. 51. Ks. myös *Valkama* 2004, s. 57–63 ja *Sánchez-Graells* 2012b, s. 1–4.

¹⁶⁶ Ks. *Kuusniemi-Laine* 2017, s. 100. Samoin ks. *Halonen* 2018, s. 60 ja *Oinonen* 2016, s. 266.

¹⁶⁷ *Vrt. Aalto-Setälä ym.* 2016, s. 631.

¹⁶⁸ Ks. *Juuti ym.* 2018, s. 264.

lasta, avoimuuslainsäädännöstä, hankintalainsäädännöstä, kilpailulainsäädännöstä, kilpailulain kilpailuneutraliteettisääntelystä ja kuntalain yhtiöittämisvelvollisuudesta.¹⁶⁹ Esimerkkeinä Suomeen kohdistuneesta Euroopan unionin komission suorittamasta valvonnasta voidaan nostaa valtiontukisääntelyn alaisuuteen sijoittuvat *Destia* ja *Palmia* –tapaukset.¹⁷⁰

Destia ja *Palmia* -tapauksissa kielletyksi valtiontueksi komissio katsoi liikelaitosten harjoittaman markkinatoiminnan, koska liikelaitokset nauttivat loputtomaksi katsotun takauksen ansiosta konkurssisuoja ja niiden verokohtelu poikkesi yhtiömuodossa harjoitetusta elinkeinotoiminnasta. Nämä liikelaitosmuotoon perustuvat edut antoivat niille paremman aseman kilpailluilla markkinoilla suhteessa niiden yksityisiin kilpailijoihin, mikä oli kilpailun neutraalisuuden kannalta ongelmallista.¹⁷¹ Markkinatoimintaa harjoittavien valtion liikelaitosten yhtiöittämisen lisäksi ratkaisuna kilpailuneutraliteettiongelmaan säädettiin kuntalain yhtiöittämisvelvollisuus, mikä asettaa kunnille velvollisuuden yhtiöittää niiden vähäistä suurempi muussa kuin yhtiömuodossa harjoitettu markkinatoiminta.¹⁷²

3.2. Kilpailuneutraali oikeusjärjestys OECD:n raporttien valossa

Valkama ja *Virtanen* ovat luokitelleet kilpailuneutraliteettiongelmia synnyttäviä ilmiöitä. He katsovat erityisesti seuraavien institutionaalisten tekijöiden aiheuttavan kilpailun vääristymistä: 1) Markkinoille tulon ja markkinoilta poistumisen esteet 2) omistajapolitiikka 3) julkiset tukiaiset 4) verot ja julkisoikeudelliset maksut 5) omistusoikeudet 6) erityis- tai poikkeusmenettelyjä taikka -kohtelua vaativat tai ylläpitävät säännökset ja päätökset.¹⁷³ Valkaman ja Virtasen kanssa samansuuntaista kilpailuneutraliteettiongelmiin luokittelua on tehnyt myös OECD, joka on julkaissut kattavia kilpailuneutraliteettia käsitteleviä raportteja, joissa selvitetään kilpailuneutraalin toimintaympäristön luomisessa ilmeneviä haasteita.

¹⁶⁹ Ks. Kuusniemi-Laine 2015.

¹⁷⁰ Destian osalta ks. Komission päätös C 7/06, Suomi – Destia, EUVL [2008] L 270/1 ja Palmian osalta ks. State Aid SA.30679 (E 2/2010) Finland, Aid to municipality-owned agencies in Finland.

¹⁷¹ Ibid.

¹⁷² Ks. kuntalain (410/2015) 126 §.

¹⁷³ Ks. Valkama – Virtanen 2009, s. 54 - 56. Markkinoille tulon esteenä Valkama ja Virtanen mainitsevat lainsäädäntöön perustuvat monopoliasemat ja toimilupajärjestelmät. Omistajapolitiikalla he tarkoittavat vuorostaan valtion ja kuntien tai muiden julkisyhteisöjen harjoittamaa tuotannollisen toiminnan johtamista, esimerkiksi valtion- ja kuntayhtiöiden hallintatapaa. Julkiset tukiaiset voivat olla esimerkiksi laittomia suorahankintoja tai suoria rahasiirtoja. Verojen osalta ongelmia voi aiheuttaa verotuksen poikkeavuus markkinatoimijoiden välillä. Omistusoikeuden osalta kilpailuneutraliteettia voivat haitata julkisten tuottajien hallussaan pitämät oikeudet tai asemat, joita ei ole yksityisillä tuottajilla. Erityis- tai poikkeusmenettelyjä taikka -kohtelua vaativat tai ylläpitävät säännökset ja päätökset voivat olla esimerkiksi ainoastaan osaan markkinatoimijoista kohdistuva syrjivä lainsäädäntö.

Raporteissa esitetään OECD:n jäsenmaiden omaksumia lainsäädäntöratkaisuja kilpailuneutraalin toimintaympäristön luomiseksi.¹⁷⁴ Tutkielmassa lähempään tarkasteluun on valittu vuonna 2012 julkaistu *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business* -raportti (OECD:n raportti). Raportti valaisee myös muussa kuin yhtiötetyssä muodossa tapahtuvan julkisen elinkeinotoiminnan vaikutusta kilpailun neutraalisuuteen, minkä lisäksi se sisältää kattavat viittaukset OECD:n aikaisempiin raportteihin. Se havainnollistaa osuvasti kilpailuneutraliteetin laaja-alaisuutta ja sen aikaansaamiseksi tarvittavien toimenpiteiden monimuotoisuutta.

OECD:n raportin tavoitteena on tuoda esiin keskeisimmät haasteet kilpailuneutraliteetin saavuttamisessa julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan välillä sekä löytää ratkaisut näiden haasteiden voittamiseksi OECD:n jäsenmaiden omaksumista ratkaisukäytännöistä.¹⁷⁵ Kilpailuneutraliteetin turvaamiseen pyrkiville valtioille raportti tuo esiin kolmenlaisia toimenpiteitä. Ensinnäkin julkisen elinkeinotoiminnan toteuttamismuoto tulisi valita siten, että se maksimoi mahdollisuudet tasavertaisten toimintaedellytysten olemassaolon julkisen ja yksityisen sektorin välillä.¹⁷⁶ Toiseksi uskottavan viranomaisten harjoittaman elinkeinotoiminnan valvonnan on oltava mahdollista, mikä edellyttää riittävän läpinäkyvien ja puolueettomien valvontamekanismien luomista suhteessa julkiseen elinkeinotoimintaan.¹⁷⁷ Kolmanneksi kilpailuneutraliteetin toteutumisen vaarantavien seikkojen tunnistaminen ja huomioonottaminen tulisi tehdä sekä kollektiivisesti että tapauskohtaisesti.¹⁷⁸

Kilpailun neutraalisuuden mahdollistavia ratkaisuja, joita kutsutaan kilpailuneutraliteetin rakennuspalikoiksi, esitetään raportissa kahdeksan. Rakennuspalikoita ovat: julkisomisteisten

¹⁷⁴ OECD:n vuonna 2005 julkaisema *OECD Guidelines on Corporate Governance of State-Owned enterprises* ja vuoden 2011 *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises: Challenges and Policy Options* ja *Competitive Neutrality and State-Owned Enterprises in Australia: Review of Practices and their Relevance for Other Countries* sekä vuonna 2012 julkaistu *Competitive Neutrality: Maintaining a Level Playing Field between Public and Private Business*.

¹⁷⁵ Ks. OECD 2012, s. 16.

¹⁷⁶ Esimerkiksi markkinoille suuntautuva julkinen elinkeinotoiminta toteutetaan osakeyhtiömuodossa sen sijaan, että se annettaisiin valtion liikelaitokselle, joka nauttii lainsäädännön takaamista erityisasemasta konkurssisuojan muodossa, kuten Destia –tapauksessa.

¹⁷⁷ Suomessa on esimerkiksi pohdittu muutoksia julkisuuslakiin julkisomisteisten yhtiöiden toiminnan kattavamman valvonnan mahdollistamiseksi. Julkisuuslakiin ehdotetut laajennetut valvontamahdollisuudet voivat olla kuitenkin kilpailuneutraliteetin kannalta ongelmallisia, koska ne asettavat julkisomisteisen elinkeinotoiminnan harjoittamisen heikompaan asemaan yksityiseen nähden, jos tietoa julkisomisteisesta yritystoiminnasta tulisi luovuttaa laajemmin yksityiseen liiketoimintaan nähden. Ehdotetuista muutoksista tarkemmin ks. Halonen 2018.

¹⁷⁸ Ks. OECD 2012, s. 26–28.

yritysten yhtiömuodon yhdenmukaistaminen, markkinaehtoisen ja ei-markkinaehtoisen toiminnan tosiasiallisten kustannusten tunnistaminen ja erottaminen toisistaan, kilpailtuja markkinoita vastaavan palautuksen saaminen toimintaan investoidulle pääomalle, julkisten palveluvelvoitteiden huomioonottaminen, verotuksen neutraalisuus, sääntelyn neutraalisuus, rahoituksen neutraalisuus ja valtionavustukset sekä julkiset hankinnat. Raportin tarjoamaa runkoa hyödyntäen yksityiskohtaisempaan tarkasteluun on valittu muutama kohta, joita täydennetään paikoitellen oikeuskirjallisuudessa esitetyillä kilpailuneutraliteettiin liittyvillä kannanotoilla.

3.2.1. *Julkisen elinkeinotoiminnan harjoittamiseen käytettävän yhtiömuodon yhdenmukaistaminen*

Keskeinen merkitys kilpailun neutraalisuuden kannalta on julkisen elinkeinotoiminnan yhtiöittämisasteen lisäksi sillä, kuinka kilpailluille markkinoille suuntautuva toiminta on erotettu rakenteellisesti ei-kaupallisista toiminnoista julkisyhteisöissä. Rakenteellinen ero julkisoikeudellisesta oikeushenkilöstä voidaan tehdä esimerkiksi yhtiöittämällä aiemmin julkisoikeudellisessa muodossa harjoitettu kaupallinen palvelutuotanto. Kaupallisten ja ei-kaupallisten toimintojen erottaminen toisistaan yhtiöittämällä helpottaa kaupallisten palveluiden tarjoamista markkinaehtoisesti, mutta se ei välttämättä ole aina taloudellisesti tehokasta. OECD:n raportin mukaan markkinoille suuntautuvan toiminnan yhtiöittämisen on katsottu parantavan toiminnan läpinäkyvyyttä, mutta yhtiöittäminen saattaa olla taloudellisesti kustannustehokasta, ellei taloudellinen toiminta ole riittävän laajaa.¹⁷⁹

Kilpailuneutraliteetin kannalta on kuitenkin tärkeää kiinnittää huomiota avoimilla ja kilpailuilla markkinoilla toimivien julkisten oikeushenkilöiden yhtiömuotoon. Kilpailuneutraliteettia tavoiteltaessa tulisi pyrkiä toteuttamaan seuraavat toimenpiteet. Ensinnäkin markkinoille suuntautuva toiminta tulisi erottaa muusta toiminnasta rakenteellisesti silloin, kun se on mahdollista ja kustannustehokasta. Toiseksi tulisi valita optimaalinen yritysmuoto julki-

¹⁷⁹ Ks. OECD 2012, s. 33. Yhtiöittäminen, eli tässä tapauksessa markkinoille suuntautuvan toiminnan erottamisen omaksi yhtiökseen, lisää yhtiöittämällä syntyvästä oikeushenkilöstä saatavan taloudellisen tiedon määrää, koska yhtiön kirjanpidosta nähdään paremmin oikeushenkilön kulurakenne verrattuna tilanteeseen, jossa toimintaa harjoitetaan julkisoikeudellisen rakenteen piirissä ja myös muu kuin markkinoille suuntautuva toiminta on sekoittuneena oikeushenkilön tilinpäätökseen.

selle elinkeinotoiminnalle. Kolmanneksi tulisi asettaa selkeät tavoitteet toiminnan läpinäkyvyyden ja vastuullisuuden suhteen, sekä suorittaa jatkuvaa tai tietyin ajanjaksoin toistuvaa seuranta julkisomisteisen elinkeinotoiminnan osalta.¹⁸⁰

Raportissa esimerkkinä julkisoikeudellisen toimintamuodon tarjoamista kilpailuedusta nostetaan esiin Suomen *Destia* –tapaus. Tapauksessa valtion liikelaitoksena toiminut Tieliikelaitos nautti yhtiömuotonsa ansiosta sen yksityisiin kilpailijoihinsa nähden eduista, joiden katsottiin muodostavan kiellettyä valtiontukea. Valtion liikelaitosten nauttima konkurssi-suoja ja muista yhtiömuodoista poikkeava verotus katsottiin valtion myöntämäksi loputtomaksi takaukseksi liikelaitoksen veloista sekä kielletyiksi veroeduiksi, joista se hyötyi harjoittaessaan markkinatoimintaa. Suomen valtio ratkaisi valtion liikelaitosten muodossa harjoitetusta markkinoille suuntautuvasta toiminnasta aiheutuvan kilpailuneutraliteettiongelman yhtiöittämällä ja erottamalla markkinaehtoisesta toiminnasta muusta toiminnasta. Yhtiöittämisen seurauksesta muodostettu uusi yhtiö Destia on samalla lainsäädännöllisellä tasolla yksityisen sektorin toimijoiden kanssa, eikä siihen enää kohdistu kilpailuneutraliteettia vaarantavia etuja kilpailijoista poikkeavan toimintamuodon ansiosta.¹⁸¹

Yhtiömuodon merkitys kilpailuneutraliteettiin on huomioitu Suomessa myös kuntien harjoittaman markkinatoiminnan osalta. Kuntalaki (nykyisin 410/2015) muutettiin siten, että kunnan tulee yhtiöittää toimintansa, kun se suorittaa tehtäviään kilpailutilanteessa markkinoilla. Yhtiöittämisvelvoitteeseen tehtiin kuitenkin lukuisia poikkeuksia, jotka eivät ole täysin ongelmattomia kilpailuneutraliteetin näkökulmasta.¹⁸² Kuntalain yhtiöittämisvelvoitetta koskevia sääntelyratkaisuja kohtaan onkin esitetty kritiikkiä.

Kuusniemi-Laine on kritisoinut kuntalain 126 §:ään sisällytettyä määritelmää ”kilpailutilanteessa markkinoilla”, koska se poikkeaa unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä muotoutuneesta markkinatoiminnan määritelmästä.¹⁸³ Valtiotukisääntelyn näkökulmasta päätelmää toiminnan markkinaluonteisuudesta ei voida nimittäin tehdä ainoastaan sen perusteella onko esimerkiksi kunnallisen palveluntarjoajan toimialalla tosiasiallista kilpailua. Kilpailun puuttuminen voi myös johtua kunnan omistamasta palveluntarjoajasta esimerkiksi sen

¹⁸⁰ Ks. OECD 2012, s. 38.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Kuntalain 126 §:n mukaiseen yhtiöittämisvelvoitteeseen 127 §:ssä tehdyt poikkeukset on rajattu tutkielman ulkopuolelle, koska Lotta Hiukka on käsitellyt niitä Lapin yliopistossa vuonna 2017 julkaistussa maisteritutkielmassa ”Poikkeukset kuntien yhtiöittämisvelvollisuudesta kilpailuneutraliteettisääntelyssä.”.

¹⁸³ Ks. Kuusniemi-Laine 2014, s. 664.

vuoksi, että se saa yksityisistä kilpailijoista poikkeavasta yhtiömuodostaan ja sen tarjoamista eduista niin merkittävän edun yksityisiin kilpailijoihin nähden, etteivät ne pysty kilpailemaan julkisoikeudellisen toimintamuodon palveluntarjoajan kanssa, minkä seurauksesta ne ovat joutuneet poistumaan markkinoilta, tai eivät ole voineet tulla markkinoille.¹⁸⁴

Kuntalain yhtiöittämisvelvoitteen noudattaminen ei ole kuitenkaan toteutunut Suomen kunnissa täysin toivotulla tavalla. Kilpailu- ja kuluttajaviraston ja aluehallintovirastojen vuonna 2015 tekemästä yhtiöittämisvelvoitteen noudattamista koskevasta selvityksestä käy ilmi, että kunnat harjoittavat liiketoimintaa muussa kuin yhtiömuodossa yhä useilla toimialoilla.¹⁸⁵ Konkreettisiakin vaikutuksia kuntalain kilpailuneutraliteettisääntelyllä on selvityksen mukaan ollut, sillä useat kunnat kertoivat vetäytyneensä markkinoilta sääntelyn vuoksi.¹⁸⁶

Suomessa kuntien yhtiöittämisvelvoitteen noudattamista valvoo Kilpailu- ja kuluttajavirasto, joten OECD:n raportissa ehdotetut toimenpiteet valvonnan sekä kilpailuneutraliteetin näkökulmasta tarkoituksenmukaisimman yhtiömuodon valinnan osalta on huomioitu Suomessa. Kilpailuneutraliteetin valvonnan tehokkuutta Suomessa on osaltaan kuitenkin heikentänyt kilpailulain (2011/948) 4 a luvussa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle asetettu velvollisuus ensisijaisesti neuvotella yhtiöittämisvelvoitetta rikkovien kuntien kanssa kilpailun neutraalisuutta vaarantavan rakenteen muuttamisesta, mikä on osoittautunut hitaaksi keinoksi puuttua havaittuihin epäkohtiin.¹⁸⁷

3.2.2. *Markkinaehtoisen ja ei-markkinaehtoisen toiminnan tosiasiallisten kustannusten tunnistaminen ja erottaminen toisistaan*

Julkisen sektorin harjoittaman elinkeinotoiminnan kustannusten tunnistaminen on keskeisessä asemassa uskottavan kilpailuneutraliteettivalvonnan mahdollistamisessa. Markkinoille suuntautuvan toiminnan tosiasiallisten kustannusten tunnistamisen helppouteen vaikuttaa esimerkiksi toiminnan harjoittamismuoto. Raportin mukaan yhtiötetyille julkisomisteisille yrityksille vaikeuksia kustannusten yksilöimisessä voivat tuottaa muun muassa yrityksen

¹⁸⁴ Ks. Kuusniemi-Laine 2014, s. 664.

¹⁸⁵ Ks. KKV 2015, s. 1. Selvityksessä ei kuitenkaan voitu ottaa huomioon kuhunkin yksittäistapaukseen mahdollisesti sovellettavaa kuntalain 127 §:n mukaista poikkeamismahdollisuutta, minkä vuoksi muistio ei tarjoa täydellistä kuvaa asiantilasta.

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ks. TEM 16/2017, s. 94. Samoin ks. HE 68/2018 vp, s. 14.

hoidettavaksi annettujen julkisten palveluvelvoitteiden kustannusten erottaminen muusta markkinoille suuntautuvasta liiketoiminnasta.¹⁸⁸

Rahoitettaessa julkisia palveluvelvoitteita tuottavia yrityksiä verovaroin tulisi toiminnan kustannukset pystyä yksilöimään läpinäkyvästi, jotta voidaan varmistua siitä, ettei julkisen palveluvelvoitteen tuottamisesta maksettavat korvaukset ole yli- tai alimitoitettuja.¹⁸⁹ Julkishallinnolliseen organisaatioon yhä integroidut ja sen suojista kilpailuille markkinoille palveluitaan tarjoavat oikeushenkilöt, kuten valtion liikelaitokset, tyypillisesti jakavat kulujaan, varojaan sekä velvoitteitaan julkishallinnollisen organisaation kanssa. Jaetun kulurakenteensa ansiosta julkisomisteinen yhteisö voi saada etua yksityisiin kilpailijoihinsa nähden.¹⁹⁰

Toisaalta esimerkiksi julkisyhteisön muut velvoitteet, kuten mahdollisesti suuremmat henkilökustannukset esimerkiksi eläkekustannusten myötä voivat heikentää tasapuolisen kilpailun edellytyksiä joissain OECD:n jäsenmaissa.¹⁹¹ Riittävän valvonnan edellytysten turvaamiseksi tulisi pyrkiä toteuttamaan seuraavat toimenpiteet erityisesti niiden yritysten kohdalla, joille on annettu julkisia palveluvelvoitteita: 1) toiminnan kulurakenteen läpinäkyvyyden ja ilmoittamisen mahdollistaminen 2) markkinalähtöisen ja muun toiminnan kulujen erottaminen toisistaan 3) selkeä vastuualueiden jakaminen 4) valvonnan ja tarkkailun suorittaminen sekä niiden perusteella hinnoittelun muutosten tekeminen.

Esimerkkinä julkisin varoin rahoitetun toiminnan seurannan mahdollistamisesta raportti esittelee EU:n läpinäkyvyysdirektiivin, mikä asettaa kaksinkertaisen kirjanpidon vaatimuksen yrityksille, joille maksetaan julkisten palveluvelvoitteiden ja muiden yksinoikeuksien tuottamisesta korvausta.¹⁹² Direktiivi asettaa lisäksi kahdenkertaisen kirjanpidon velvollisuuden yrityksille, jotka nauttivat yksinoikeuksista tai tuottavat SGEI-palveluita ja SGEI-palveluiden lisäksi muitakin markkinoille suuntautuvia palveluita.¹⁹³ Kahdenkertaisen kirjanpitolovelvollisuuden tarkoituksena on estää yritysten mahdollisuuksia ristisubventointiin, tai ainakin

¹⁸⁸ OECD 2012, s. 41.

¹⁸⁹ Ibid.

¹⁹⁰ OECD 2012, s. 42. Julkisoikeudellista organisaatorakennetta hyödyntäen harjoitettu liiketoiminta saa etua siitä, että sen turvin voidaan jakaa kuluja ei-markkinaehtoisen ja markkinaehtoisen toiminnan välillä.

¹⁹¹ OECD 2012, s. 42.

¹⁹² Suomessa direktiivi on saatettu voimaan säätämällä laki eräitä yrityksiä koskevasta taloudellisen toiminnan avoimuus- ja tiedonantovelvollisuudesta (2003/19).

¹⁹³ SGEI tulee sanoista Services of General Economic Interest. SGEI-palveluilla tarkoitetaan palveluita, joista on yleistä yhteiskunnallista hyötyä ja joiden tuottajalle julkisyhteisö on asettanut erityisen julkisen palvelun velvoitteen. Alkion mukaan: ”SGEI-palvelut eroavat muista palveluista siten, että viranomaiset katsovat niitä

auttaa ristisubventoinnin havaitsemisessa.¹⁹⁴ Valvonnan ja seurannan järjestämisessä sekä hinnoittelun muuttamisessa kuluneutraaliksi valtion omistajaohjauksesta vastaavien toimielinten sekä toimielinten valvonnasta vastaavien toimijoiden menettely on myös keskeisessä asemaan kilpailuneutraliteetin turvaamisessa.¹⁹⁵

OECD:n raportin peräänkuuluttamaa toiminnan kulurakenteen läpinäkyvyyden ja samalla tosiasiallisten kustannusten tunnistamisen mahdollistavaa lainsäädäntöä ollaan Suomessa tällä hetkellä kaavailemassa osana vireillä olevaa kilpailulain uudistusta. Kilpailuneutraliteettivalvontaa sääntelevää kilpailulain 4 a lukua ehdotetaan muutettavaksi siten, että kilpailulakiin sisällytettäisiin uusi säännös, jonka mukaan kilpailutilanteessa markkinoilla tapahtuvaa taloudellista toimintaa harjoittavan kunnan, kuntayhtymän, maakunnan, valtion tai niiden määräysvaltaan kuuluvan yksikön tulisi pitää taloudellisesta toiminnastaan erillistä kirjanpitoa. Erillisen kirjanpidon edellyttäminen markkinoille suunnatulta toiminnalta helpottaisi kilpailuneutraliteettia valvovan Kilpailu- ja kuluttajaviraston työtä, koska se saisi nopeammin käyttöönsä valvonnassa tarvittavat tilinpäätöstiedot, mikä osaltaan mahdollistaisi valvonnan tehokkaamman toteuttamisen.¹⁹⁶

3.2.3. *Kilpailuja markkinoita vastaavan palautuksen saaminen toimintaan investoidulle pääomalle*

Julkiseen elinkeinotoimintaan investoidun pääoman tuottovaatimuksen asettaminen vastaamaan samoilla markkinoilla toimivien yksityisten yritysten pääoman tuottoa on keskeinen elementti julkisomisteisten yritysten toiminnan markkinaehtoisuuden takaamisessa. Yksityissektorin kilpailijat voivat syrjäytyä markkinoilta, jos julkisomisteiset yhtiöt osallistuvat samoilla markkinoilla tapahtuvaan kilpailuun, eikä julkisen yhtiön toimintaan investoidulta pääomalta edellytetä yksityisiä yrityksiä vastaavaa palautusta pitkällä aikavälillä. Ongelmaa voi entisestään korostaa se, että julkiset yritykset hinnoittelevat tuotteensa ja palvelunsa aggressiivisesti siten, että ne pyrkivät ainoastaan saamaan hyödykkeen tuottamiseen uponneet

tarvittavan, vaikka markkinoilla ei ole riittävästi kannusteita palvelujen tarjoamiseen.” Ks. Alkio – Hyvärinen 2016, s. 154. Samoin ks. Ølykke – Møllgaard 2016, s. 206–208. SGEI-palveluita voivat olla esimerkiksi yleinen joukkoliikenne tai veden- ja sähkönjakelu.

¹⁹⁴ Esimerkkinä yrityksen harjoittamasta ristisubventoinnista on julkisen palveluvelvoitteen suorittamisesta saatujen voittojen hyödyntäminen kilpailuille markkinoille suunnatusta toiminnasta aiheutuneiden tappioiden kattamiseen, taikka palveluvelvoitteen suorittamisesta saatujen voittojen hyödyntäminen kilpailuja markkinoita alhaisempaan hinnoitteluun yrityksen kilpaillessa markkinoilla.

¹⁹⁵ Ks. OECD 2012, s. 48.

¹⁹⁶ Ks. HE 68/2018 vp, s. 34 – 38, 48 ja 52.

kulunsa takaisin, eli toisin sanoen eivät sisällytä hyödykkeestä perittävään hintaan tavanomaista liikevoiton osuutta, mikä on edellytyksenä yksityisen sektorin kilpailijoiden toiminnalle.¹⁹⁷

Vaadittaessa investoidulle pääomalle kilpailtuja markkinoita vastaavaa palautusta julkisten yritysten jokaiselta markkinasektorilta, ehkäistään samalla julkisen yrityksen tarvetta turvautua kilpailua vääristävään ristisubventointiin.¹⁹⁸ Kilpailun neutraalisuuden takaamiseksi valtioiden tulisi ensinnäkin luoda suuntaviivat markkinaehtoisten tuottovaatimusten asettamiseksi. Toiseksi tuottotavoitteiden tulisi olla sellaiset, että ne mahdollistavat investoidun pääoman takaisinsaannin kohtuullisessa ajassa pitkällä aikavälillä. Raportin mukaan useimmissa OECD maissa julkisomisteisten yritysten tuottotavoitteiden asettaminen vastaamaan vertailukelpoisia yksityisiä yrityksiä on pääasiallinen keino riittävän suuren palautuksen saamiselle investoidun pääoman osalta.¹⁹⁹

Tuottotavoitteen tulisi vastata vähintään pitkäaikaisten valtionlainakirjojen riskivapaata tuottoa, mihin on lisätty asiaankuuluva riskimarginaali.²⁰⁰ Euroopan unionissa riittävää palautusta pääomalle on SGEI-palveluiden osalta kuvattu toiminnasta saadulla ”kohtalaisen voiton” –käsitteellä. Kohtalainen voitto on pääomalle saatava palautus, jota vaadittaisiin keski-verta yritykseltä, jos yritys hoitaisi SGEI-palvelun tuottamisesta sopimuskauden ajan. Kohtalaisen voiton suuruutta määritettäessä huomioidaan myös tavanomainen liiketoimintariski.²⁰¹

Tuottotavoitteiden asettamisen jälkeen niitä tulee myös luonnollisesti seurata, jotta niiden asettamisesta olisi hyötyä. Tuottotavoitteita ei kuitenkaan tarvitse välttämättä saavuttaa jokaisena vuonna tai tilikautena. Riittäväksi ajanjaksoksi tuottotavoitteiden saavuttamiseksi on esimerkiksi Uudessa-Seelannissa ja Australiassa katsottu viisi vuotta.²⁰²

Suomessa kilpailtuja markkinoita vastaavan palautuksen saaminen toimintaan investoidulle pääomalle on pyritty huomioimaan esimerkiksi kuntalain 128 §:ssä. Pykälän mukaan kunnan toimiessa esimerkiksi omistamansa yhtiön kautta kilpailutilanteessa markkinoilla, tulee yh-

¹⁹⁷ Ks. OECD 2012, s. 53

¹⁹⁸ Ibid.

¹⁹⁹ Ks. OECD 2012, s. 58.

²⁰⁰ Ibid.

²⁰¹ Ks. OECD 2012, s. 60.

²⁰² Ks. OECD 2012, s. 61.

tiön veloittaa tarjoamiensa palveluiden, tavaroiden tai urakoiden tuottamisesta markkina-hinta. Kilpailu- ja kuluttajaviraston yhdessä aluehallintovirastojen kanssa vuonna 2017 jul-kaiseman selvityksen mukaan kuntalain 128 §:n noudattamisessa on kuitenkin esiintynyt on-gelmia.

Osa kunnista ei ole ymmärtänyt mitä markkinaperusteisella hinnoittelulla tarkoitetaan. Esi-merkiksi jotkut kunnat eivät ole sisällyttäneet hyödykkeestä perittävään hintaan siihen ta-vanomaisesti sisältyvää voiton osuutta. Ne ovat siis tyytyneet perimään ainoastaan hyödyk-keen tuottamisesta aiheutuneet kulut, mikä vääristää markkinoilla tapahtuvaa hintakilpailua, koska yksityiset kilpailijat eivät voi toimia vastaavalla tavalla ajautumatta ennemmin tai myöhemmin konkurssiin.²⁰³

3.2.4. *Julkiset hankinnat*

OECD:n raportti nostaa esiin myös julkisten hankintojen merkityksen kilpailuneutraliteetin turvaamisessa. Kilpailuneutraliteetin turvaamista tukevat hankintakäytännöt ja hankintame-nettely ovat syrjimättömiä, kilpailullisia ja riittävän läpinäkyviä. Ongelmia saattaa kuitenkin ilmetä tilanteissa, joissa pitkään toimineet julkisomisteiset yritykset tai sidosyksiköt pysty-vät läheisen julkishallinnollisen suhteensa ansiosta estämään uusien kilpailijoiden markki-noille tulon.²⁰⁴

Raportin mukaan julkisten hankintojen merkitys on vuosien saatossa kasvanut, koska julki-nen sektori turvautuu yhä enemmän markkinamekanismiin hankkiessaan palveluita ja tava-roita, jotka aikaisemmin tuotettiin julkisin voimavaroin. Julkisten yritysten osallistuessa tar-jouskilpailuihin tarjoajina, ne voivat saada kilpailuetuja suhteessa yksityisen sektorin kilpai-lijoihin julkishallintoon liitännäisen asemansa perusteella. Kilpailuetuihin lukeutuvat: pa-remmat mahdollisuudet tulla valituksi tarjoajaksi tai tehdä tarjouksia aloilla, joista sillä on pitkäaikainen kokemus, koska julkisomisteisella yrityksellä voi olla informaatioetuja kyseis-ten palvelujen vaatimasta palvelutasosta ja tuotantokustannuksista sekä alhaisemmat kustan-nukset aloittaa palvelujen tarjoaminen kuin markkinoille pyrkivillä kilpailijoilla. Edellä mai-nittujen etujen olemassaolossa tai niiden hyödyntämisessä ei kuitenkaan välttämättä ole kyse

²⁰³ Ks. KKV 2017, s. 5–6.

²⁰⁴ Ks. OECD 2012, s. 97–98.

julkisen vallan tahallisista kilpailua vaarantavista toimista, vaan ne voivat olla vuosien aikana kertyneitä kilpailu- tai informaatioetuja, joiden avulla julkisomisteinen yritys pystyy muotoilemaan tarjouksensa tarkemmin tarjouspyyntöä vastaavaksi.²⁰⁵

Kilpailuneutraliteetin huomioivassa hankintamenettelyssä hankintayksiköt aidosti vertailevat tarjoajien ominaisuuksia keskenään ja hankintamenettelyyn osallistujia kohdellaan tasa-puolisuuden, syrjimättömyyden, läpinäkyvyyden ja suhteellisuuden periaatteiden mukaisesti. Tietyissä OECD jäsenmaissa julkista sektoria jopa kehoitetaan välttämään osallistumasta tarjoajana hankintoihin kilpailuneutraliteetin turvaamiseksi. EU:ssa vuorostaan korostetaan ja edellytetään julkisten hankintojen toteuttamista kilpailua vaarantamatta, minkä voidaan katsoa estävän julkisen yrityksen suosimista muiden kustannuksella julkisen yrityksen osallistuessa tarjoajana hankintamenettelyyn.²⁰⁶

Raportti kiinnittää myös huomiota sidosyksikköhankintojen ongelmalliseen luonteeseen kilpailuneutraliteetin näkökulmasta. Esimerkkinä ongelman ratkaisemista raportti esittelee *Teckal* -tapauksessa luodut kriteerit riittävästi kontrollista, toiminnan kohdistumisesta hankintayksikköön sekä yksityisen omistuksen kiellosta.²⁰⁷ Tilanne on OECD:n vuoden 2012 raportin julkaisemisen jälkeen hieman elänyt sidosyksiköiden osalta uusien hankintadirektiivien voimaantulon myötä. *Teckal* -tapauksen ja sitä seuranneiden unionin tuomioistuimen ratkaisujen muodostamaa oikeuskäytäntöä ei kodifioitu uuteen hankintadirektiiviin sellaiseenaan. Esimerkiksi toiminnan pääasiallisen kohdistumisen vaatimusta hankintayksikköön lievennettiin oikeuskirjallisuudessa vakiintuneeksi katsotusta noin 90 prosentista 80 prosenttiin.

Lievennetty vaatimus toiminnan pääasiallisesta kohdistumisesta hankintayksikköön mahdollistaa sidosyksikölle hyödykkeiden tarjoamisen markkinoille entistä laajemmin. Lievempi ulosmyyntiraja yhdistettynä muihin hankintadirektiiviin sisällytettyihin unionin tuomioistuimen oikeuskäytännöstä poikkeaviin sääntelyratkaisuihin voi vaikuttaa kielteisesti kilpailuneutraliteetin toteutumiseen Euroopan unionin sisämarkkinoilla.²⁰⁸

²⁰⁵ OECD 2012, s. 98.

²⁰⁶ OECD 2012, s. 99.

²⁰⁷ OECD 2012, s. 100.

²⁰⁸ Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 271–272.

3.3. Kilpailuneutraliteettisääntely ja sen valvonta Suomessa

3.3.1. Kilpailu- ja kuluttajaviraston keskeinen rooli kilpailuneutraliteetin valvonnassa

Kilpailuneutraliteetin valvonta on tärkeää, koska markkinatoimijoiden tasavertaisilla toimintaedellytyksillä turvataan taloudellisen kilpailun toimivuutta ja markkinoiden tehokkuutta.²⁰⁹ Kilpailun voidaan katsoa olevan vääristynyttä esimerkiksi tilanteessa, jossa julkisen toimijan muodossa tai toisessa saama tuki mahdollistaa toiminnan harjoittamisen alhaisemmin kustannuksin ja tarjoaa näin tuensaajalle mahdollisuuden hinnoitella tuotteensa halvemmin kuin kilpailijansa.²¹⁰

Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on keskeinen rooli kilpailuneutraliteetin valvonnassa Suomessa. Kilpailulain 4 a luvun 30 a §:n mukaisesti:

Jos kunnan, kuntayhtymän, valtion taikka niiden määräysvaltaan kuuluvan yksikön harjoittamassa taloudellisessa toiminnassa sovelletaan sellaista menettelyä tai toiminnan rakennetta, joka tavaroitten tai palveluiden tarjonnassa:

- 1) vääristää tai on omiaan vääristämään terveen ja toimivan kilpailun edellytyksiä markkinoilla;*
- 2) estää tai on omiaan estämään terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun syntymistä tai kehittymistä; tai*
- 3) on ristiriidassa kuntalain (365/1995) 66 a §:ssä²¹¹ säädetyn markkinaperusteisen hinnoittelun vaatimuksen kanssa,*

Kilpailu- ja kuluttajaviraston tulee ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä poistamaan tällainen menettely tai toiminnan rakenne.

Mitä 1 momentissa säädetään Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivallasta ja sen käyttämisen edellytyksistä, koskee myös julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016) 15 ja 16 §:ssä sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1398/2016) 25 ja 26 §:ssä tarkoitettua menettelyä. (29.12.2016/1402)

²⁰⁹ Kilpailuviraston selvityksiä 2011/1, s. 153.

²¹⁰ Ks. Juuti ym. 2018, s. 264.

²¹¹ Nykyisin kuntalain (410/2015) 128 §.

Kilpailulaki asettaa Kilpailu- ja kuluttajavirastolle oikeuden ja velvollisuuden puuttua kilpailun neutraalisuuden vaarantavaan toimintaan ja sen moniin ilmenemismuotoihin. Kilpailu- ja kuluttajaviraston tulee kuitenkin ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä poistamaan tällainen menettely tai toiminnan rakenne.²¹² Kilpailu- ja kuluttajaviraston harjoittama kilpailuneutraliteettivalvonta kohdistuu ainoastaan taloudelliseen toimintaan.

Valvonnan ulkopuolelle jäävät näin ollen tilanteet, joissa valtio, kunnat tai niiden alaiset oikeushenkilöt harjoittavat viranomaistoimintaa. Taloudellisen toiminnan käsite on yhteneväinen unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä muodostuneen käsitteen kanssa. Keskeistä taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan erottamisessa toisistaan on se, tapahtuuko tavaroiden tai palveluiden myynti markkinaympäristössä.²¹³

Kilpailulain 30 a § 2 momentin mukaisesti Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on myös oikeus valvoa hankintalain 15 §:n mukaisia sidosyksiköitä ja tutkia sidosyksiköiden kilpailuneutraliteettia mahdollisesti vaarantavia toimintatapoja ja rakenteita. Jos kilpailuneutraliteettia vaarantavan toiminnan muuttamista tai lopettamista koskevat neuvottelut kunnan, valtion tai kuntayhtymän ja KKV:n välillä eivät tuota tulosta, KKV voi asettaa kilpailulain 30 c §:n mukaisesti kiellon valtiolle, kunnalle tai kuntayhtymälle käyttää kilpailuneutraliteettia vaarantavaa menettelyä tai toiminnan rakennetta taikka asettaa menettelyn tai toiminnan jatkamisen edellytykseksi sellaiset velvoitteet, jotka varmistavat tasapuoliset toimintaedellytykset markkinoilla. Jos tehtävän suorittaminen perustuu lainsäädäntöön, ei KKV saa kuitenkaan määrätä tehtävää kokonaan lopetettavaksi.²¹⁴

3.3.2. *KKV:n toimivalta valvoa laittomia suorahankintoja*

Hankintalain voimaantulon myötä KKV sai lisäksi toimivaltuudet valvoa hankintayksiköiden hankintapäätösten lainmukaisuutta. KKV:n toimivalta on hankintalaissa rajattu kuitenkin

²¹² KKV:lle asetettu neuvotteluvollisuus kilpailuneutraliteettia vaarantavien rakenteiden poistamiseksi on katsottu hitaaksi tavaksi puuttua havaittuihin kilpailuneutraliteettiongelmiiin. Ks. *TEM 16/2017*, s. 94

²¹³ Juuti ym. 2018, s. 272. *Juutin* mukaan toiminnan markkinaehtoisuutta ei välttämättä voida ratkaista jonkin yksittäisen tekijän perusteella. Esimerkiksi julkisen sairaalan toiminta voidaan tulkita ei-taloudelliseksi, vaikka yksityinen sairaala tarjoaa palveluitaan samoilla markkinoilla ja pystyisi hoitamaan myös julkisen sairaalan tehtävät. Rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä tehdään toimintaa sääntelevän lainsäädännön sekä sen mukaan, kuinka suurelta osin toimintaa harjoitetaan markkinasignaalien ohjaamana. Ks. myös Alkio 2017, s. 694.

²¹⁴ KKV:n asettamaa määräystä tai kieltoa tehostamaan voidaan KKV:n toimesta asettaa lisäksi kilpailulain 46 §:n mukaan uhkasakko.

kin hankintayksiköiden tekemiin laittomiin suorahankintoihin. Hankintalain 15 lukuun sisällytetyt toimivaltuudet antavat KKV:lle mahdollisuuden asettaa hankintayksikölle kiellon, jolla hankintayksikköä kielletään saattamasta hankintayksikön tekemä hankintapäätös täytäntöön kokonaan tai osittain, jos KKV katsoo hankintayksikön tehneen suorahankinnan ilman hankintalaissa säädettyä perustetta. Myös suorahankinta ilman hankintalain 15 §:n mukaisia sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisedellytyksiä voi tulla KKV:n tutkittavaksi 15 luvun toimivallan perusteella.²¹⁵

KKV:lla on hankintalain 140 §:n mukaisesti oikeus kieltää hankintayksikköä panemasta hankintapäätöstä täytäntöön, jos hankintasopimusta ei ole ehditty solmia. Jos hankintayksikön tekemä laitton suorahankinta ylittää EU-kynnysarvon tai kyse on kansalliset kynnysarvot ylittävästä liitteessä E tarkoitettusta palveluhankinnasta tai käyttöoikeussopimuksista, KKV voi hankintalain 141 §:n mukaisesti esittää markkinaoikeudelle tehottomuusseuraamuksen tai seuraamusmaksun määräämistä, hankintasopimuksen sopimuskauden lyhentämistä taikka hankintapäätöksen kumoamista, edellyttäen että KKV on kumoamista koskevan esityksen ohella esittänyt myös tehottomuusseuraamuksen määräämistä. KKV:n vuonna 2017 alkaneen suorahankintojen valvonnan seurauksesta vuoden 2018 loppuun mennessä KKV:n verkkosivuilla on julkaistu 13 päätöstä koskien laittomien suorahankintojen valvontaa.²¹⁶

KKV:n suorittamasta laittomien suorahankintojen valvontatoiminnasta havainnollistavan esimerkin tarjoaa KKV:n 10.4.2018 tekemä esitys markkinaoikeudelle.²¹⁷ Asia koski Paraisten kaupungin tekemää ruokapalvelutoiminnan liikkeen luovutusta Arkea Oy:lle. Liikkeen luovutuksen jälkeen Paraisten kaupunki solmi palvelusopimuksen Arkea Oy:n kanssa 1.9.2017 - 31.8.2024 käsittävälle ajanjaksolle, ennen kuin Paraisten kaupunki oli ostanut osuuden Arkea Oy:sta. Paraisten kaupunki katsoi, ettei sillä ollut velvollisuutta kilpailuttaa palvelusopimusta, koska Arkea Oy oli Paraisten kaupungin sidosyksikkö. Sidosyksikköpoikkeuksen soveltumisen edellytykset se kuitenkin myöhemmin myönsi ymmärtäneensä väärin KKV:n selvityspyyntöön toimittamassaan vastineessa.²¹⁸

Oikeudellisessa arvioinnissaan KKV katsoi, ettei hankintalain 15 §:n mukaiset sidosyksikköpoikkeuksen edellytykset täyty, koska Paraisten kaupunki ei ollut sopimuksentekohetkellä

²¹⁵ KKV:n toimivallasta säädetään hankintalain 139–144 pykälissä.

²¹⁶ KKV verkkosivut -> ratkaisut ja julkaisut -> ratkaisut kilpailuasioissa -> hankintojen valvonta alla. Vierailtu 5.1.2019.

²¹⁷ Dnro KKV/1021/14.00.60/2017, s. 3.

²¹⁸ Ibid., s. 5.

Arkea Oy:n osakkaana.²¹⁹ KKV katsoi, ettei sidosyksikköpoikkeuksen edellyttämä kontrollikriteeri olisi täyttynyt, vaikka hankintasopimus olisi solmittu omistussuuden hankkimisen jälkeen, koska Paraisten kaupunki omisti vain 0,12 prosenttia Arkea Oy:sta.²²⁰ Näin ollen KKV arvioi, voidaanko Paraisten kaupungilla katsoa olevan yhdessä muiden Arkea Oy:n omistajien kanssa yhtiössä sellainen määräysvalta, jolla se pystyisi vaikuttamaan Arkea Oy:n toimintaan sidosyksikköpoikkeuksen kontrollikriteerin edellyttämällä tavalla.

Paraisten kaupungilla ei kuitenkaan ollut Arkea Oy:n määräysvaltaa käyttävässä toimielimestä omaa tai muiden osakkaiden kanssa yhteistä edustajaa, joka olisi edustanut Paraisten kuntaa Arkea Oy:n päätöksenteossa. Näin ollen KKV katsoi, ettei sidosyksikköpoikkeusta voida soveltaa ja Paraisten kaupunki oli tehnyt laittoman suorahankinnan. KKV esitti markkinaoikeudelle vaatimuksinaan, että markkinaoikeus määrää Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n välillä solmitun hankintasopimuksen tehottomaksi, langettaa Paraisten kaupungille 200 000 euron seuraamusmaksun ja kumoaa hankintapäätöksen.²²¹ KKV arvioi tapausta myös hankintalain 7 §:n 2 momentissa säänneltyjen sekamuotoisten sopimusten osalta, mutta sen käsittely on rajattu tutkielman ulkopuolelle tutkielman rajatun pituuden vuoksi.²²²

Sidosyksikköpoikkeuksen osalta hankinnan lainmukaisuuden valvonta voi tulla vireille perinteisesti markkinaoikeusvalituksen taikka KKV:n suorittaman laittomien suorahankintojen valvonnan kautta, kuten edellä kuvatussa Arkea Oy:n tilanteessa. KKV:n suorittama kilpailulain 30 a §:n 2 momentin sidosyksikköjä koskeva kilpailuneutraliteettivalvonta soveltuu vuorostaan tilanteisiin, joissa hankintalain 15 §:n mukaiset sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisen edellytykset täyttyvät, mutta sidosyksikkö syyllistyy toiminnassaan johonkin kilpailulain 30 a §:n 1 momentin mukaiseen kilpailuneutraliteettia vaarantamaan menettelyyn. Tällöin KKV:n tulee ensisijaisesti neuvotteluteitse pyrkiä saamaan hankintayksikkö ja sen alainen sidosyksikkö luopumaan kilpailuneutraliteettia vaarantavasta toiminnasta, kuten ulosmyynnissä harjoitetusta alihinnoittelusta.

²¹⁹ Ibid., s. 8.

²²⁰ Edellä sidosyksikön kontrollikriteeriä käsittelevässä jaksossa on tuotu esiin, ettei omistuksen suuruudella itsessään ole ratkaisevaa merkitystä sidosyksikköpoikkeuksen kontrollikriteerin täyttymisen arvioinnissa. Yhteisomistustilanteissa hankintayksiköllä tulisi kuitenkin olla *Econord* -tapauksessa kuvatulla tavalla edustaja sidosyksikössä päätösvaltaa käyttävässä toimielimissä.

²²¹ Dnro KKV/1021/14.00.60/2017, s. 4.

²²² Paraisten kaupunki katsoi, ettei se sidosyksikköpoikkeuksen soveltumattomuudesta huolimatta ollut veloitettu kilpailuttamaan hankintasopimusta, koska liikkeen luovutuksessa on kyse kokonaisuudesta, jolla Paraisten ruokapalvelutoiminta on myyty Arkea Oy:lle, ja palvelusopimus on tämän kokonaisuuden vähäinen osa.

Markkinaoikeus on 12.2.2019 antanut ensimmäisen ratkaisun KKV:n laittomien suorahankintojen valvontatoimen johdosta. Tapauksessa MAO 64/19 markkinaoikeus määräsi Loviisan kaupungin maksamaan 20 000 euron seuraamusmaksun laittoman suorahankinnan seurauksesta. Loviisan kaupunki oli tehnyt hankinnan Posintra Oy:ltä sidosyksikköpoikkeukseen vedoten. Posintra ei kuitenkaan täyttänyt sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisedellytyksiä, koska Posintra Oy:ssä oli hankintayksiköiden lisäksi myös yksityistä omistusta.

4. SIDOSYKSIKÖT KILPAILUN TASAPUOLISUUDEN MAHDOLLISINA VAARANTAJINA

4.1. Yleisesti sidosyksiköiden ulosmyynnin vaikutuksesta kilpailuneutraliteettiin

Sidosyksikkösuhteella ja sen sääntelyllä on huomattavia vaikutuksia erityisesti kuntien toiminnan ja niiden rakenteen organisoimisessa.²²³ Sidosyksiköitä on käytetty esimerkiksi sosiaali- ja terveydenhuollon yhteistoiminta-alueilla sekä kuntien tarjoamassa opetustoiminnassa ammatillisten oppilaitosten ja ammatillisen koulutuksen kuntayhtymien osalta. Samoin kunnan omistamat osakeyhtiöt täyttävät usein sidosyksikkösuhteen määritelmän.²²⁴

Sidosyksikköpoikkeus ei ole kuitenkaan ongelmaton kilpailuneutraliteetin näkökulmasta. Euroopan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä, oikeuskirjallisuudessa, yritysjärjestöjen viestinnässä sekä hankintalain esitöissä onkin kiinnitetty huomiota sidosyksiköiden harjoittaman ulosmyynnin kilpailuneutraliteettia vaarantavaan vaikutukseen.²²⁵ Hankintayksiköltä saatu edullinen sopimus palvelun, tavarain tai urakan tuottamista varten on keskeisessä asemassa sidosyksikön kilpailua vääristävien etujen synnyttäjänä.²²⁶

Sidosyksiköiden harjoittamasta ulosmyynnistä aiheutuva kilpailuneutraliteetin vaarantuminen juontaa juurensa kuitenkin syvemmälle hankintayksikön tai hankintayksiköiden käyttämään julkiseen valtaan ja verotukseen perustuvaan rahoituspohjaan sekä sidosyksiköltä tehtävien hankintojen kilpailutusvelvollisuuden puuttumiseen. Sidosyksikkösuhde verovaroin rahoitettuun hankintayksikköön tarjoaa sidosyksikölle kilpailuetuja, joita sen yksityisen sektorin kilpailijoiden ei ole mahdollista saada.²²⁷ Oikeushenkilön täyttäessä sidosyksikön määritelmän, mahdollistaa se sille muun muassa yksinoikeuden kyseisten palveluiden tuottamiseen hankintayksiköille ilman hankintalain mukaista kilpailutusta, mikä samalla käytännössä turvaa sidosyksikölle sen tuottamien tavaroiden, urakoiden ja palvelujen kysynnän.²²⁸

²²³ Ks. Huikko 2014, s. 191.

²²⁴ Ibid.

²²⁵ Ks. Suomen yrittäjät 2017, Elinkeinoelämän keskusliitto 2015, C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohdat 59, 60 ja 62 sekä *HE 40/2013 vp*, s. 12 – 13 ja *HE 108/2016 vp*, s. 52 – 54.

²²⁶ *HE 108/2016 vp*, s. 101. Ks. myös Määttä – Voutilainen 2017, s. 208.

²²⁷ *Ølykke* ja *Andersen* jakavat sidosyksiköiden mahdolliset kilpailuedut kahteen luokkaan. Ensinnäkin etuihin, jotka auttavat sidosyksikköä toimimaan kilpailijoitaan tehokkaammin, kuten palveluiden tasainen kysyntä hankintayksiköltä, mikä voi mahdollistaa toiminnan tehostamisen nopeammassa tahdissa verrattuna epätasaisemalle kysynnälle alttiisiin kilpailijoihin. Mahdolliset imagoedut julkisoikeudellisen omistajapohjan vuoksi, samoin kuin rahoituskellisten riskien puuttuminen julkisoikeudellisen omistajapohjan vuoksi. Toiseksi sidosyksiköt voivat saada perusteetonta etua hinnoittelukäytännöstään. Ks. *Ølykke* – *Andersen* 2015, s. 7–8.

²²⁸ *HE 108/2016 vp*, s. 53. Ks. myös Määttä – Voutilainen 2017, s. 208.

Sidosyksikkö voi myös mahdollisesti saavuttaa julkisoikeudellisen palvelun tuottamiseen annetun yksinoikeuden nojalla helpommin mittakaavaetuja, joita sen yksityisistä kilpailijoista erityisesti pienten ja keskisuurten yritysten voi olla vaikeaa saavuttaa.²²⁹

OECD:n mukaan kilpailun neutraalisuuden kannalta ongelmallista on julkisomisteisten ja/tai julkisia palveluvelvoitteita suorittavien yhtiöiden mahdollisuudet käyttää ristisubventointia markkinoille suuntautuvan toiminnan ja niille annetun julkisen palveluvelvoitteen suorittamisen välillä.²³⁰ Sidosyksiköille eräänlaisen julkisen palveluvelvoitteen luonnan kohdistumisvaatimus hankintayksikköön riittävältä osin (kohdistumiskriteeri). Markkinoille suuntautuvan toiminnan synnyttää vuorostaan sidosyksiköille sallittu mahdollisuus tarjota hyödykkeitään myös kilpailuille markkinoille (ulosmyynti). Sidosyksikön ulosmyynnissä mahdollisesti harjoitettu palvelujen, tavaroiden tai urakoiden hinnoittelu alle markkinahinnan on yksi merkittävimmistä kilpailua vääristävistä tekijöistä sidosyksikön ja yksityisten yritysten välillä.²³¹

Tässä tutkielman pääjaksossa yksityiskohtaisemman tarkastelun kohteiksi on valittu oikeuskirjallisuudessa esitettyjen väitteiden ja voimassaolevan sidosyksikkösääntelyn perusteella seuraavat kysymyksenasettelut: Kuinka sidosyksikön mahdollisesti harjoittama ristisubventointi ja ei-markkinaehtoinen hinnoittelu voivat vääristää kilpailua? Voiko sidosyksikön hankintayksiköltä saama ei-markkinaehtoinen sopimus muodostaa kiellettyä valtiontukea? Minkälaisia vaikutuksia niin sanotulla in house -sisters rakenteella ja käänteisillä sidosyksikköhankinnoilla voi olla kilpailuneutraliteettiin? Miten Suomessa on varauduttu, tai voidaan varautua sidosyksiköiden negatiivisten kilpailuneutraliteettivaikutusten minimoimiseen lainsäädännön avulla taikka hankintayksiköiden toimenpitein?

²²⁹ OECD:n raportin mukaan julkisomisteisten markkinatoimijoiden nauttimat mittakaavaedut eivät kuitenkaan ole luokiteltavissa nimenomaisesti tai yksistään kilpailuneutraliteettiongelmiiksi. Ks. OECD 2012, s. 12. Lisäksi on huomioitava, että sidosyksikön kautta tuotettu palvelu voi olla verovarojen käytön kannalta perusteltua. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan mainita olosuhteet, jossa markkinoita ei jostain syystä ole pääsyt syntymään tai pystytään osoittamaan, että palvelun tuottaminen omin voimavaroin on kustannustehokkaampaa verrattuna tilanteeseen, jossa se hankittaisiin kilpailluilta markkinoilta. Ks. Jukka 2018.

²³⁰ Ks. OECD 2012, s. 27 ja 45 – 46 ja *HE 40/2013 vp*, s. 22. Hallituksen esityksessä tuodaan yleisesti esiin julkisomisteisten yritysten mahdollisuudet käyttää ristisubventointia niiden suorittaessa julkista palveluvelvoitetta sekä ristisubventoinnin kielteinen vaikutus kilpailuneutraliteettiin.

²³¹ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 8.

4.2. Sidosyksikön mahdollisesti harjoittama ristisubventointi ja ei-markkinaehtoinen hinnoittelu kilpailun vääristäjinä

4.2.1. Ristisubventointi hankintayksikölle suoritettavan toiminnan ja ulosmyynnin välillä

Ristisubventointi tarkoittaa korkeamman hinnan veloittamista tietyltä asiakasryhmältä tai markkinasektorilta ja tuon korkeamman hinnan hyödyntämistä toiselta asiakasryhmältä, markkinasektorilta tai jopa kokonaan toisella toimialalla toimimisesta aiheutuneiden tappioiden kattamiseen.²³² Tyypillisenä esimerkkinä ristisubventiosta on käytetty postilaitosta, joka voi käyttää sille asetetun julkisen palveluvelvoitteen suorittamisesta saamaansa korvausta kilpailluilla markkinoilla toimimisesta aiheutuvien tappioiden kattamiseen tai markkinaehtoisesta hinnoittelusta poikkeamiseen, ellei ristisubvention mahdollisuutta ole lainsäädännöllä pyritty poistamaan tai ehkäisemään. Ilman ristisubvention kieltävää lainsäädäntöä postilaitos pystyisi hinnoittelemaan tavanomaisesta postinjakelusta veloittamansa hinnan liian suureksi, minkä avulla sen olisi mahdollista hinnoitella palvelunsa halvemmin kilpaillessaan esimerkiksi yksityisten kuljetusyriyten kanssa postipakettien jakelun kilpailluilla markkinoilla.²³³

Vastaavasti sidosyksiköille mahdollisuuden harjoittaa ristisubventiota kahden eri markkinan välillä tarjoaa hankintayksiköille suoritettava toiminta ja kilpailluille markkinoille ulosmyynnin kautta suunnattu toiminta, jonka hinnoittelussa sidosyksikön ei välttämättä tarvitse noudattaa markkinaehtoista hinnoittelua, koska se voi käyttää hankintayksikölle suorittamastaan toiminnasta saatua korvausta ulosmyyntinsä tukemiseen.²³⁴ Ristisubventio on markkinoiden toiminnan kannalta ongelmallista erityisesti silloin, kun sen avulla tuetaan kannattamatonta toimintaa. Sidosyksikön ulosmyynnissään esimerkiksi ristisubventoinnin

²³² *Hancherin* ja *Sierran* mukaan: ”Cross-subsidization can be briefly defined as the misallocation of common costs between different product or geographic markets. Such misallocation arises because an undertaking allocates all or part of the costs of its activity in one product or geographic market to another market.” Ks. *Hancher – Sierra* 1998, s. 901.

²³³ *Ibid.*, s. 905. Ks. myös *HE 68/2018 vp* s. 16, jossa esimerkiksi on otettu postinjakelua koskeva postilain (415/2011) hinnoittelua ja kustannuslaskentaa sääntelevä 5 luku.

²³⁴ *Hancher* ja *Sierra* katsovatkin, että mahdollisuuden ristisubventioon tarjoavat tyypillisesti tilanteet, joissa jollakin markkinatoimijalla on monopolinkaltainen asema esimerkiksi lainsäädännön mahdollistamana. *Hancher – Sierra* 1998, s. 904. Ølykke ja Andersen huomauttavat, että ristisubventointi on nähty aiemmin lähinnä yleishyödyllisiä yhteiskunnallisia laitoksia kilpailulle vapauttaessa ilmenevänä ongelmana, mutta sidosyksiköihin sovellettuna kyse on pikemminkin markkinan osittaisesta sulkemisesta, sidosyksikön kuitenkin yhä osallistuessa kilpailuun kilpailluilla markkinoilla. Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 8.

seurauksesta harjoittama markkinaehtoista hinnoittelua vastaamaton hinnoittelukäytäntö uhkaa kilpailun tasapuolisuutta, koska se heikentää markkinoiden toiminnan kannalta keskeisen hintamekanismin toimintaa.²³⁵

Sidosyksikön tuottamasta palvelusta veloittettava hinta voi olla markkinaehtoista hintaa alhaisempi esimerkiksi siitä syystä, ettei sidosyksikkö ole sisällyttänyt hintaan tavanomaista voiton osuutta. Ei-markkinaperusteinen hinnoittelu voi johtaa siihen, että sidosyksikön ulosmyymää palvelua ja vastaavaa yksityisen yrityksen palvelua verratessaan palvelun ostaja päätyy virheellisesti valitsemaan ristisubventoinnin seurauksesta halvemman ja mahdollisesti myös heikompileatuisen palvelun. Sidosyksikön mahdollisuus lisätä kapasiteettiaan tai tuote- tai palveluvalikoimaansa ristisubventoinnin avulla voi myös aiheuttaa kilpailuneutraliteettiongelmia sidosyksiköiden kilpailijoihin nähden.²³⁶

4.2.2. *Markkinaehtoisen hinnoittelun valvonta ja KKV:n suuntaviivat markkinaehtoiseen hinnoitteluun*

Ei-markkinaehtoisen hinnoittelun aiheuttamien kilpailuneutraliteettiongelmiensa vuoksi sidosyksiköiden tulisikin kiinnittää erityistä huomiota ulosmyynnissä noudattamaansa hinnoittelukäytäntöön. Markkinaperusteisen hinnoittelun keskeinen merkitys on huomioitu Suomessa muun muassa kuntalain 128 §:n mukaisen markkinaperusteisen hinnoitteluvaihteen asettamisella.²³⁷ Kuntien kilpailuille markkinoille suuntaamien palvelujen hinnoittelukäytännöissä havaittiin kuitenkin huolestuttavia puutteita KKV:n ja aluehallintovirastojen tekemässä kuntien yhtiöittämisvelvollisuuden noudattamista selvittäneessä tutkimuksessa.²³⁸

KKV voi kohdistaa sille kilpailulain 30 a § 3 momentissa annetun toimivallan nojalla valvontaansa myös sidosyksiköiden ulosmyynnissä harjoitetun hinnoittelukäytännön valvontaan. Markkinaperusteisen hinnoittelun tueksi KKV on laatinut markkinaehtoisen hinnoittelun suuntaviivat, joita se käyttää valvoessaan kuntalain 128 §:ssä sekä kilpailulain 30 a §:ssä

²³⁵ Ks. Kilpailuviraston selvityksiä 1/2011, s. 153.

²³⁶ Ibid.

²³⁷ Kuntalain 128 §:n mukainen markkinaperusteisen hinnoittelun vaatimus koskee ainoastaan kuntalain 127 §:n mukaisia yhtiöittämisvelvollisuuden poikkeuksia.

²³⁸ KKV 2017, s. 5–6. Tutkimuksen mukaan kuntayhtymien hinnoittelu on ollut omakustanneperusteista eikä se useissa tapauksissa ole sisältänyt lainkaan tavanomaista voitonosuutta, kun palveluita on tarjottu kilpailuille markkinoille.

asetettua velvollisuutta hinnoitella kilpailuille markkinoille myytävät hyödykkeet markkinaperusteisesti.²³⁹ Markkinaperusteisen hinnoittelun tutkinnassa KKV huomioi hinnan asettamiseen liittyvän tarkastelun lisäksi julkisoikeudellisen yhteisön taloudellisen toiminnan laaja-alaisesti.²⁴⁰

KKV määrittelee suuntaviivoissaan markkinaperusteisen hinnoittelun hintatasoksi, jonka suuruiseksi vastaava yksityinen toimija hinnoittelisi palvelut.²⁴¹ Hinnoittelussa tulisi näin ollen huomioida kilpailullisen toiminnan muuttuvat ja kiinteät kustannukset, tulot, investointimenot ja rahoituskuluista se osa, joka vastaa kilpailuille markkinoilla harjoitetun toiminnan osuutta.²⁴² Julkisoikeudellisen oikeushenkilön harjoittaman taloudellisen toiminnan tulisi olla myös kannattavaa, jotta sen hinnoittelukäytännön voidaan katsoa täyttävän markkinaperusteisen hinnoittelun vaatimuksen, eli toisin sanoen toiminnan tuotoilla pitäisi pystyä kattamaan toiminnasta aiheutuvat kulut.²⁴³

KKV:n suuntaviivojen mukaan: ”*Mikäli julkisyhteisö saa julkisesta omistuksesta johtuvan ja siten perusteettoman kustannusedun, sen taloudelliseen toimintaan liittyvät kustannukset ovat keinotekoisesti alhaisemmat kuin vähintään yhtä tehokkaalla yksityisellä toimijalla. Vastaavasti ristisubvention tai suoran julkisen tuen vuoksi julkisyhteisön taloudellisesta toiminnastaan saamat tuotot ovat suuremmat kuin mitä vähintään yhtä tehokkaan yksityisen toimijan olisi mahdollista vastaavalla tuotannon tasolla saavuttaa. Kustannusten tai tuottojen vääristyminen on omiaan johtamaan kilpailua vääristävään alihinnoitteluun, jonka seurauksena vähintään yhtä tehokkaita yksityisiä toimijoita uhkaa poistua markkinoilta. Edellä kuvattu ei vastaa toimivan kilpailuprosessin lopputulosta, jossa markkinoilla menestyvät ne, jotka omilla ansioillaan kykenevät tehokkaimmin vastaamaan markkinoiden kysyntään.*”²⁴⁴ Mahdollisuudet harjoittaa ristisubventointia ja poiketa markkinaperusteisesta hinnoittelusta ovat oivallisia esimerkkejä sidosyksiköiden nauttimista julkisoikeudellisen omistuksen tuomista eduista, joiden kielteisiä vaikutuksia kilpailuneutraliteettiin pyritään suitsimaan sidosyksikköpoikkeuksen kohdistumiskriteerin ja KKV:n suorittaman markkinaperusteisen hinnoittelun valvonnan avulla.

²³⁹ Ks. KKV suuntaviivat markkinaperusteisesta hinnoittelusta, s. 4.

²⁴⁰ Ibid.

²⁴¹ Ks. KKV suuntaviivat markkinaperusteisesta hinnoittelusta, s. 5.

²⁴² Ibid. ja HE 32/2013 vp, s. 38.

²⁴³ Jos toiminta katsotaan liiketaloudellisesti kannattamattomaksi, voi se olla osoitus perusteettomien etujen hyödyntämisestä ja mahdollisen kilpailuneutraliteettiongelman olemassaolosta. Ks. KKV Suuntaviivat markkinaperusteisesta hinnoittelusta, s. 5.

²⁴⁴ Ibid. 5 – 6.

4.3. Kuntalain yhtiöittämisvelvollisuus ja sidosyksiköt

Markkinoille suuntautuvan toiminnan eri toimintamuotojen sääntelyn tasapuolisuudella on keskeinen vaikutus kilpailuneutraliteetin toteutumisessa.²⁴⁵ Suomessa asiaan on herätty toden teolla *Destia* ja *Palmia* -tapauksen jälkeen. *Palmia* -tapauksen seurauksesta Suomi teki komissiolle lupauksen lakiuudistuksesta, jossa asetetaan kunnille velvollisuus yhtiöittää niiden kilpailutilanteessa markkinoilla harjoittama toiminta kilpailuneutraliteettiongelmien poistamiseksi ja EU:n valtioneuvoston sääntelyn toteutumisen varmistamiseksi. Kuntalakiin sisällytetty yhtiöittämisvelvollisuutta koskeva sääntely astui voimaan 1.9.2013.²⁴⁶

Nykyisin yhtiöittämisvelvollisuuden sääntely on kirjattuna kuntalain (410/2015) 126 - 127 pykälissä. Kuntalain 126 § 1 momentin mukaisesti kunta on velvoitettu yhtiöittämään toimintansa hoitaessaan kuntalain 7 §:ssä tarkoitettua tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla.²⁴⁷ Kuntalain 126 § 2 momentissa on vuorostaan säännelty tilanteet, joissa kunnan ei katsota toimivan kilpailutilanteessa markkinoilla. Sidosyksikköpoikkeuksen kannalta keskeinen säännös on kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohta, jonka mukaan kunnan ei katsota hoitavan tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla, jos: 3) *tehtävää hoidetaan 49 §:ssä tarkoitetulla tavalla yhteistoiminnassa ja kyseessä on julkisista hankinnoista annetun lain 10 §:ssä tai vesija energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista annetun lain 19 §:ssä tarkoitetun sidosyksikön tai sidosyrityksen toiminnasta taikka jos yhteistoimintaan ei muutoin sovelleta kilpailuttamisvelvollisuutta.*²⁴⁸

Yhteistoimintaan käytetty sidosyksikkö ei hallituksen esityksen mukaan muodosta toimintaa kilpailutilanteessa markkinoilla, koska lainkohtaa säädettäessä sidosyksiköt saivat harjoittaa

²⁴⁵ Ks. OECD 2012, s. 33–39.

²⁴⁶ Ks. Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy, s. 107 ja Komission päätös asiassa C7/06 (*Destia*) ja State Aid SA.30679 (E2/2010) Finland, Aid to municipality-owned agencies in Finland (*Palmia*). *Palmia* -tapauksessa komissio katsoi kuntien liikelaitosmuodossa harjoitetun markkinatoiminnan muodostavan kiellettyä valtioneutukea, koska liikelaitokset ovat verotuksellisesti paremmassa asemassa yksityisiin kilpailijoihin nähden (vapaus yhtiö-, kiinteistö- ja pääomaverosta) ja Helsingin kaupunki vastasi liikelaitoksen veloista, minkä komissio katsoi muodostavan käytännössä loputtoman takauksen aikaansaaman konkurssisuojaan. *Destia* -tapauksella on käsitelty edellä jaksossa 3.2.1.

²⁴⁷ *Kuusniemi-Laine* on kritisoinut yhtiöittämisvelvollisuuden sääntelyratkaisua, koska se poikkeaa EU-oikeudessa muotoutuneesta taloudellisen toiminnan määritelmästä, sillä yhtiöittämisvelvollisuuden edellytykseksi on kuntalaissa asetettu tosiasiallisen kilpailutilanteen olemassaolo markkinoilla. Ks. Kuusniemi-Laine 2014, s. 663 ja Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 107–108.

²⁴⁸ Kuntalaki sisältää yhä viittauksen vanhan hankintalain 10 §:ään. Nykyisin sidosyksiköistä säännellään hankintalain 15 §:ssä. Yhteistoiminnan avulla kuntayhtymät voivat järjestää sekä kunnan lakisääteiset että itselleen vapaaehtoisesti ottamat tehtävät. Ks. Harjula – Prättälä 2015, s. 849.

ulosmyyntiä ainoastaan kymmenen prosentin osuudella niiden kokonaisliikevaihdosta.²⁴⁹ Uudessa hankintalaissa sidosyksikköjen sallittua ulosmyyntiä rajoitettiin entisestään asettamalla viiden prosentin tai 500 000 euron raja ulosmyynnille. Ulosmyyntirajaa voidaan mahdollisesti nostaa avoimuusilmoituksella, mutta avoimuusilmoituksenkin jälkeen sallittu ulosmyynti ei saa ylittää aikaisemmin sallitaksi katsottua 10 prosentin rajaa, joten kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohdan osalta vanhat perustelut soveltuvat myös uuden hankintalain voimaantulon myötä.

Säätelyratkaisu ei ole kuitenkaan täysin ongelmaton kilpailuneutraliteetin näkökulmasta. Yhtiöittämisvelvollisuuden taustalla olevassa unionin valtioneuvosto-oikeudessa ei tunnisteta 126 § 2 momentin 3 kohdan mukaista poikkeusta markkinatoiminnan käsitteestä. Valtiontukisääntelyn näkökulmasta toiminnan arviointi perustuu aina tapauskohtaiseen arviointiin ja markkinatoiminnaksi voidaan tulkita myös tilanteet, joissa esimerkiksi kunnan kanssa tosiasiallisesti kilpailevaa markkinatoimintaa ei ole. Myöskään markkinatoiminnan vähäiseksi katsottu määrä, kuten tietty prosentuaalinen osuus sidosyksikön liikevaihdosta, ei saa automaattisesti aikaan sitä, että ulosmyyntiä pidetään muuna kuin markkinatoimintana valtioneuvoston sääntelyn näkökulmasta.²⁵⁰

Sidosyksikköpoikkeuksen osalta kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohdassa tehty viittaus kuntalain 49 §:ssä tarkoitettuun yhteistoimintaan soveltuu erityisesti kuntayhtymiin, jotka ovat jäsenkunnistaan erillisiä oikeushenkilöitä. Sidosyksikköpoikkeuksen kriteerit täyttävät kuntayhtymät hyötyvät kuntalain markkinatoiminnan käsitteen poikkeavuudesta harjoittaessaan sidosyksiköille sallittua ulosmyyntiä, koska kuntayhtymät eivät voi mennä konkurssiin.²⁵¹ Konkurssiriskin puuttuminen tekee kuntayhtymästä riskittömämmän sopimusosapuolen ja antaa siten kilpailuetua kuntayhtymälle, kun se ulosmyy palveluitaan. Kuntayhtymien jäsenkunnat ovat myös viimekädessä vastuussa kuntayhtymien velvoitteista, eli kuntayhtymä nauttii *Destia* ja *Palmia* -tapauksissa kielletyksi valtioneuvosto-oikeudesta katsottuista eduista konkurssisuojaan osalta.

²⁴⁹ Ks. HE 32/2013 vp, s. 11 – 12 ja HE 268/2014 vp, s. 286–288.

²⁵⁰ Valtiontukisääntelyn mahdollisesta soveltuvuudesta sidosyksiköiden toimintaan ks. tutkielman seuraava jakso 4.4.

²⁵¹ Ks. Konkurssilaki (2004/120) 1 luku 3 § 2 momentti.

Kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohdan kielteisiä kilpailuneutraliteettiä vähentävät kuitenkin hankintalain sidosyksikkösääntelyn kohdistumiskriteerin tiukentuminen sekä kuntalain 49 §:n yhteistoimintavelvoitteen noudattamisen pakollisuus tietyillä järjestämisvastuun alaisilla toimialoilla.²⁵² Samoin kuntalain 7 §:ssä säännelty kunnan yleinen toimiala voi osaltaan asettaa rajoituksia yhteistoiminnan avulla harjoitettavalle markkinatoiminnalle.²⁵³ Näin ollen kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohdan vaikutukset kilpailuneutraliteettiin vaihtelevat tilannekohtaisesti. Kyseisen lainkohdan osalta kattavamman kokonaiskuvan luominen ei ole tutkielman rajatun pituuden vuoksi mahdollista.

4.4. Voiko sidosyksikön hankintayksiköltä saama ei-markkinaehtoinen sopimus muodostaa SEUT 107 - 108 artikloissa tarkoitettua valtiontukea?

4.4.1. Valtiontukisääntelyn soveltamisala ja suhde julkisiin hankintoihin

Valtiontukisääntely ja julkisten hankintojen sääntely ovat tyypillisesti katsottu omiksi sääntelykokonaisuuksikseen. Niillä on kuitenkin yhteinen EU:n sisämarkkinoiden toiminnan turvaamiseen tähtäävä tarkoitus.²⁵⁴ Valtiontukisääntely on perinteisesti katsottu osaksi unionin kilpailuoikeutta, julkisten hankintojen sijoituessa korostetummin unionin sisämarkkinasääntelyn alaisuuteen.²⁵⁵

Kiellettyä valtiontukea on SEUT 107 artiklan 1 kohdan mukaisesti jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, jollei perussopimuksissa määrätä toisin. Jäsenvaltioille SEUT 107 artiklassa asetettu kiello myöntää artiklassa tarkoitettuja tukia koskee ainoastaan tilanteita, joissa tuki kohdistuu markkinatoiminnaksi luokiteltavaan toimintaan. Merkitystä ei ole tuetun toiminnan organisaatiomuodolla, eli esimerkiksi sillä kohdistuu tuki yksityiseen vai julkisoikeudelliseen oikeushenkilöön, tai saako tukea yksityinen yhtiö vai kenties

²⁵² Ks. HE 108/2016 vp, s. 105–106.

²⁵³ Ks. Harjula – Prättälä 2015, s. 386 – 387.

²⁵⁴ Ks. Alkio – Hyvärinen 2016, s. 17. Samoin ks. Hasselgård 2017, s. 18 ja Huikko – Ukkola 2014, s. 217. Hankintadirektiivien osalta asiaa on käsitelty edellä jaksossa 2.2.

²⁵⁵ Ks. Huikko – Ukkola 2014, s. 213 – 215.

kunnan omistama liikelaitos, kunhan tuen saaja katsotaan unionin kilpailulainsäädännön mukaiseksi taloudellista toimintaa harjoittavaksi yritykseksi.²⁵⁶

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu valtiontuen käsitteestä annetun tiedonannon (jatkossa komission käsitetiedoksianto) mukaan valtiontuen ei arvioida toimintoja, jotka ovat luonnostaan osa viranomaisille kuuluvia erioikeuksia ja valtion vastuulla.²⁵⁷ Toisin on kuitenkin tilanteissa, joissa jäsenvaltio on turvautunut perinteisesti viranomaistoimiksi katsotun toiminnan toteuttamisessa markkinamekanismiin.²⁵⁸ Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan kyse ei ole SEUT 107 mukaisesta kielletystä markkinatoiminnan tukemisesta silloin, kun valtio käyttää julkista valtaa tai kun julkisyhteisöt toimivat viranomaisina. Esimerkkeinä markkinatoiminnan käsitteen ulkopuolelle tyypillisesti jäävästä viranomaistoiminnasta voidaan mainita armeija, poliisi sekä ilma- ja meriliikenteen valvonta.²⁵⁹

Valtiontukisääntelyn soveltamisalan ulkopuolelle jäävät käsitetiedoksiannon mukaan myös hankintayksiköiden tekemät julkiset hankinnat, jos ne on toteutettu hankintadirektiivien edellyttämällä tavalla.²⁶⁰ Komissio katsoo hankintojen kilpailuttamisen hankintadirektiivien edellyttämällä tavalla saavan aikaan sen, ettei kilpailutuksen perusteella solmittavan sopimuksen perusteella synny SEUT 107 ja 108 artikloissa tarkoitettua kiellettyä valtiontukea, koska kilpailuttamalla saadun palvelun, urakoiden tai tavaroiden hinnan katsotaan vastaavan markkinahintaa, eikä yksittäistä toimijaa voida katsoa suosituksen muiden kustannuksella menettelyn ollessa puolueetonta.²⁶¹ Hankintadirektiivin mukainen kilpailutusprosessi ja sen avulla saatava hyödykkeen markkinahinta jäävät kuitenkin määrittämättä tilanteissa, joissa

²⁵⁶ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohdat 6 – 16; Alkio – Hyvärinen 2016, s. 18 ja Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 103. Ks. myös Raitio 2013, s. 644–645 ja Wolf 2015, s. 116–118.

²⁵⁷ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohta 17.

²⁵⁸ Ibid.

²⁵⁹ Ibid.

²⁶⁰ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohta 93.

²⁶¹ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohdat 89 – 96. Ølykke ja Andersen kritisoivat käsitetiedoksiannon luonnoksessa esitettyä komission näkemystä, joka sisällytettiin myös varsinaiseen käsitetiedoksiantoon. He katsovat, että aiemmin tiukat reunaehdot julkisissa hankinnoissa noudatettavalle menettelyllä asettanutta hankintasääntelyä joustavoitettiin uusissa hankintadirektiiveissä siinä määrin, ettei vastaavaa varmuutta kielletyn valtiontuen poissulkemiselle kaikissa tilanteissa voida enää saavuttaa, vaikka hankinta kilpailutettaisiinkin direktiivin mukaisesti. Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 8.

sopimus perustuu suoraan hankintaan tai hankinta tehdään kilpailuttamatta hankintayksikön sidosyksiköltä, jos hankintayksikkö ei itse ryhdy toimiin sopimuksesta maksettavan korvauksen markkinahintaisuuden varmistamiseksi.²⁶²

Tällöin voi ilmetä tilanteita, joissa sidosyksikön saama sopimus ei vastaakaan markkinaehtoista sopimusta. Sopimus voi olla sidosyksikön kannalta esimerkiksi palvelun tuottamisesta maksettavan korvauksen osalta suurempi kuin vastaavassa tilanteessa yksityinen markkina-toimija olisi saanut hankintayksiköltä.²⁶³ Jos sidosyksikkö harjoittaa myös palveluidensa ulosmyyntiä, voidaan ei-markkinaehtoinen sopimus mahdollisesti katsoa markkinatoiminnan tukemiseksi SEUT 107 artiklan tarkoittamalla tavalla.²⁶⁴

Seuraukset myönnetyn tuen osoittautumisesta SEUT 107 artiklassa määritellyksi kielletyksi valtiontueksi voivat olla tuensaajalle huomattavia. Ilman tuen myöntämiseen oikeuttavaa perustetta, kuten tuen kuulumista ryhmäpoikkeusasetuksissa sallittuihin tukimuotoihin tai komission ennakkoon antamaa hyväksyntää, komissio voi päätöksellään velvoittaa tuen myöntäjän perimään laittomaksi katsotun tuen korkoineen takaisin tuensaajalta.²⁶⁵ Esimerkkinä takaisinperittävien valtiontukien mahdollisesta, mutta poikkeuksellisesta, suuruusluokasta on Irlannille vuonna 2016 osoitettu komission päätös, jossa komissio vaati Irlantia perimään Appllelle annetun 13 miljardin euron suuruisen laittomaksi valtiontueksi katsotun verotuen takaisin korkoineen.²⁶⁶

4.4.2. *Kielletyn valtiontuen kriteereiden täytyminen ja soveltuminen sidosyksiköiden toimintaan*

Julkisten hankintojen ja valtiontuen välinen rajapinta on saanut viime vuosina oikeuskirjallisuudessa osakseen kasvavaa huomiota erityisesti uusien hankintadirektiiviehdotusten julkaisemisen ja varsinaisten direktiivien hyväksymisen seurauksesta.²⁶⁷ Kasvaneen kiinnostuksen taustalla on uudessa klassisen sektorin hankintadirektiivissä (2014/24/EU) valittu

²⁶² Ks. Huikko – Ukkola 2014, s. 233 ja SOU 2011, s. 504–506.

²⁶³ Ks. Phedon – Schoenmaekers 2014, s. 51–52.

²⁶⁴ Ks. Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 116. Samoin ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 6–7.

²⁶⁵ *Alkion* mukaan vuoden 2014 valtiontukisääntelyn kokonaisuudistusten jälkeen ennakoilmoitusvelvollisuuden merkityksen voidaan katsoa huomattavasti vähentyneen ryhmäpoikkeussääntelyn laajentumisen myötä. Vuosina 2014–2016 käyttöön otetuista valtiontuesta ainoastaan 10%:sta tehtiin ennakoilmoitus komissiolle. Ks. Alkio – Hyvärinen 2016, esipuhe s. 6.

²⁶⁶ Ks. SA.38373 \$ - Aid to Apple.

²⁶⁷ Esimerkkeinä aihetta käsittelevästä oikeuskirjallisuudesta ks. Hasselgård 2017, s. 16–28, Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017 ja Ølykke – Andersen 2015. Ks. myös Sanchez-Graells 2012a, s. 4–5 ja 11.

linja väljentää julkisten hankintojen tiukoiksi koettuja menettelysääntöjä antamalla hankintayksiköille enemmän liikkumavaraa muun muassa tarkoituksenmukaisimman kilpailuttamisen menettelyn valintaan, mikä voi lisätä riskiä kielletyn valtiontuen myöntämisestä esimerkiksi neuvottelumenettelyjen osalta.²⁶⁸ Valtiontukisääntelyn soveltamisalan mahdollinen laajeneminen julkisten hankintojen alueelle ei ole kuitenkaan täysin uusi kysymyksenasettelu. Muun muassa *Gordon ja Dethlefsen* ovat kiinnittäneet sen mahdollisuuteen huomiota jo kauan ennen uusinta hankintadirektiiviä.²⁶⁹

Sidosyksiköiden osalta valtionvaltiontukisääntelyn kriteereiden täyttymisessä keskeisessä asemassa on sidosyksikön ja hankintayksikön välillä solmittu ei-markkinaehtoinen sopimus, jota hankintayksikkö ei solmisi samoilla ehdoilla muiden markkinatoimijoiden kanssa.²⁷⁰ Sidosyksikön saama ei-markkinaehtoinen sopimus voi täyttää SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetun ”jäsenvaltion myöntämän tai valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetyn tuen” määritelmän. Ensimmäisen valtiontukikriteerin täyttymiseksi nimittäin riittää, että tehty sopimus rasittaa tavalla tai toisella valtion varoja.²⁷¹

Solmitun sopimuksen markkinahintaisuuden arviointi tapahtuu niin sanotun markkinataloustoimijaperiaatteen mukaisesti, jos kyseessä on esimerkiksi tavanomainen ostopalvelusopimus toimialalla, jonka toiminta on jäsenvaltiossa annettu markkinoiden hoidettavaksi.²⁷² Markkinataloustoimijaperiaate on unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä vakiintunut tavaksi arvioida jäsenvaltioiden myöntämiä etuuksia erityisesti yritysten rahoitukseen kuten pääomasijoituksiin tai lainoihin liittyen.²⁷³ Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään katsonut, että julkisyhteisön tai julkisen yrityksen toteuttamat transaktiot eivät luo kielletyn

²⁶⁸ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 8.

²⁶⁹ Ks. Gordon 2007, s. 420 ja Dethlefsen 2007, s. 53–64.

²⁷⁰ Vastaavasti esimerkiksi hankintayksikön sidosyksikölle myöntämä markkinaehtoista lainaa edullisemman lainan myöntäminen voi tulla kysymykseen SEUT 107 artiklassa tarkoitettuna tukena.

²⁷¹ Tässä tapauksessa sopimuksesta maksettava ylihintaa rasittaisi hankintayksikön budjettia tarpeettomasti. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä valtion varoista myönnettyksi tueksi on katsottu toimenpiteet, jotka tavalla tai toisella rasittavat julkisia varoja suoranaisesti tai pienentyneenä tulona. Ks. Asia 82/77 *Van Tiggele* EU:C:1978:10. SEUT 107 artiklassa tarkoitettuihin valtion varoihin sisältyvät koko julkisen sektorin varat, mikä pitää sisällään myös jäsenvaltioiden alueviranomaiset sekä julkisten yritysten varat. Ks. Alkio – Hyvärinen, s. 58. Samoin. Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 5–6 ja Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 101. Laajemmin valtion varoja koskevista rajauksista unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ks. Alkio – Hyvärinen s. 57–65.

²⁷² Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 14–15.

²⁷³ Ks. Alkio – Hyvärinen 2016, s. 82.

valtiontuen mukaista etua, jos niissä noudatetaan tavanomaisia markkinaehtoja.²⁷⁴ Periaatetta sovellettaessa vertailun kohteena on, olisiko vastaavissa markkinaolosuhteissa toimiva ja hankintayksikköä vastaava keskiverto yritys tehnyt kyseisen järjestelyn tai toimenpiteen samoilla ehdoilla.²⁷⁵

Sopimuksesta maksettavan korvauksen katsotaan rasittavan valtion varoja, jos vastaavien markkinaolosuhteiden vallitessa hankintayksikköä vastaava keskiverto yksityinen markkinatoimija ei olisi solminut sopimusta samoin ehdoin esimerkiksi liiallisen korvauksen osalta. Vähentääkseen valtiontukisääntelyn soveltumisen riskiä hankintayksikön tulisikin lähtökohteisesti varmistaa sidosyksikölle maksamansa korvauksen markkinaehtoisuus, koska hankintaa ei kilpailuteta hankintalain mukaisella menettelyllä.²⁷⁶ Kiellettyä valtiontuelta vaadittu selektiivisyys tarkoittaa vuorostaan tuen kohdistumista esimerkiksi ainoastaan tiettyyn tuotannon alaan tai ainoastaan yhteen yritykseen. Sidosyksiköiden osalta selektiivisyys täyttyy helposti, koska kilpailijat sidosyksikön toimialalla eivät voi saada vastaavaa sopimusta hankintayksikön kanssa, jos se on päätetty toteuttaa sidosyksikköpoikkeusta hyödyntäen. Sidosyksikön saama tuki täyttää näin ollen valikoivuuden aineellisuuden vaatimuksen.²⁷⁷

Sidosyksikön toiminnan tulkitseminen markkinatoiminnaksi, tuen kilpailua vaarantava vaikutus sekä sen kielteinen vaikutus jäsenvaltioiden väliseen kauppaan voivat vuorostaan täytyä sidosyksikön harjoittaessa sille hankintalaissa ja -direktiivissä sallittua ulosmyyntiä. Sidosyksikön organisaatiomuodon sijaan merkitystä sidosyksikön toiminnan arvioinnissa annetaan sidosyksikön harjoittaman ulosmyynnin markkinasuuntautuneisuudelle.²⁷⁸ Näin ollen esimerkiksi myös kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohdan osalta kuntayhtymän harjoittama

²⁷⁴ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohta 74. Ks. myös Ølykke 2016, s. 197–201.

²⁷⁵ Ks. Alkio – Hyvärinen 2016, s. 82. Samoin ks. Hasselgård 2017, s. 18.

²⁷⁶ Hankintayksiköiden mahdollisuuksia vähentää valtiontukisääntelyn soveltamisen aktualisoitumisen riskiä käsitellään tarkemmin tutkielman seuraavassa jaksossa.

²⁷⁷ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohta 120.

²⁷⁸ *Huikon ja Ukkolan* mukaan: ”Vaikka hankintalainsäädännön näkökulmasta julkisyhteisön ja sidosyksikön välinen suhde olisikin oikeutettu ja vailla ongelmallisia markkinavaikutuksia, voi prosentuaalisesti vähäisenkin ulosmyynnin määrä muodostaa laajamittaisen liiketoiminnan yhteydessä riskin valtiontuesta, jolla voi olla markkinavaikutuksia.” Ks. Huikko – Ukkola 2014, s. 221. Ks. myös Määttä – Vuotilainen 2017, s. 24–29.

ulosmyynti voidaan katsoa valtiontukinäkökulmasta markkinatoiminnaksi, vaikka toimintaa harjoitetaan muussa kuin yhtiömuodossa.²⁷⁹

Komission käsitetiedoksiannon mukaan hankintayksikön tekemä päätös toteuttaa hankinta omilla voimavaroillaan sidosyksikköpoikkeusta hyödyntäen ei automaattisesti saa aikaan sitä, että sidosyksikön hankintayksikölle suorittama toiminta katsottaisiin muuksi kuin markkinatoiminnaksi.²⁸⁰ Sidosyksikön harjoittaessa samalla ulosmyyntiä, voidaan ulosmyyntiä useimmiten arvioida sidosyksikön harjoittamana markkinatoimintana, jonka tukemiseen hankintayksikön kanssa solmittua ei-markkinaehtoista sopimusta voidaan hyödyntää esimerkiksi ristosubvention avulla.

Tuen kilpailua vääristävällä vaikutuksella tarkoitetaan vuorostaan tilannetta, jossa tuki vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua tiettyä yritystä tai tuotannonalaa suosimalla. Tuen kilpailua vääristävää vaikutusta ei myöskään poista se, että tuki on määrältään vähäinen tai tukea saava yritys on muihin yrityksiin verrattuna pienikokoinen.²⁸¹ Tuki voidaan katsoa kilpailua vääristäväksi jo sillä perusteella, että se mahdollistaa tuensaajalle vahvemman kilpailuaseman kuin sillä olisi ilman kyseistä tukea.²⁸² Kilpailua vääristävää vaikutusta ei myöskään tarvitse näyttää yksittäistapauksessa konkreettisesti toteen, vaan pelkkä mahdollisuus kilpailun vääristymiseen riittää täyttämään edellytyksen.²⁸³

Valtiontuen neljättä edellytystä, eli tuen kielteistä vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan kutsutaan valtiontukisääntelyssä tuen kauppavaikutukseksi. Toisin sanoen tuki, jolla ei ole vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kaupankäyntiin tai tuen vaikutukset kohdistuvat muuhun kuin EU:n jäsenvaltioon, ei muodosta kiellettyä valtiontukea SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitetulla tavalla. Käsitetiedoksiannon mukaan tilanteet, joissa on kyse ainoastaan korostuneen paikallisia vaikutuksia aikaansaavista tukitoimista, tuki saa aikaan vain vä-

²⁷⁹ Kuusniemi-Laineen ja Simon-Bellamyn mukaan mitkään toimijat eivät jää taloudellisen toiminnan määrittelyn ulkopuolelle oikeudellisen muodon tai rahoitustavan perusteella. Julkisen toimijan harjoittaessa taloudellista toimintaa, se toimii valtiontukisääntöjen tarkoittamana yrityksenä. Ks. Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 103.

²⁸⁰ Ks. Komission valtiontuen käsitetiedonanto 2016, kohta 188 ja sen alakohdat a-d.

²⁸¹ Asia C-280/00, *Altmark Trans* EU:C:2003:415, kohta 81. Samoin Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 101. Vrt. valtiontukisääntelyn niin sanottu *de minimis* -sääntely, jonka mukaisesti kolmen vuoden ajanjaksoilta maksimissaan 200 000 euroon jäävää tukea ei katsota sen vähäisyyden vuoksi kielletyksi valtiontueksi.

²⁸² Ks. Komission käsitetiedoksianto 2016, kohta 187. Ks. myös Alkio – Hyvärinen 2016, s. 74 – 75 ja Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy, 2017, s. 116.

²⁸³ Ks. Huikko – Ukkola 2014, s. 220 ja asia C-730/79 *Phillip Morris* EU:C:1980:209.

häiseksi luokiteltavia markkinavaikutuksia taikka on epätodennäköistä, että palvelut kiinnostaisivat myös muiden jäsenvaltioiden kansalaisia, ovat rajattu kauppavaikutuksen määrittelyn ulkopuolelle.²⁸⁴

Kauppavaikutuksen on katsottu, tuen kilpailua vääristävän vaikutuksen tavoin, täyttyvän unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä kuitenkin kohtalaisen helposti. Valikoivan valtiontuen voidaan *Kuusniemi-Laineen* ja *Simon-Bellamyn* mukaan katsoa vääristävän kilpailua lähes aina, joten sen voidaan katsoa vaikuttavan myös melko matalalla kynnyksellä jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Sidosyksikön ulosmyynnin ei tarvitse myöskään suuntautua muihin jäsenvaltioihin kauppavaikutuksen täyttymiseksi, koska tukea saavan sidosyksikön aseman voidaan katsoa tuen ansiosta olevan parempi suhteessa muissa jäsenvaltioissa toimiviin yrityksiin, mikä voi osaltaan esimerkiksi heikentää ulkomaisten yritysten mahdollisuuksia aloittaa toimintaansa sidosyksikön toimialalla Suomessa.²⁸⁵

4.4.3. *Kuinka hankintayksiköt voivat huomioida valtioneuvoston liittyvät riskit käyttäessään sidosyksikköjä toimintansa organisoimiseen?*

Ølykke ja *Andersen* katsovat, ettei hankintadirektiiviin sisälly nimenomaista sääntelyä kielletyn valtiontuen myöntämisen ehkäisemiseksi tai sen riskin vähentämiseksi.²⁸⁶ *Kuusniemi-Laine* ja *Simon-Bellamy* katsovat, ettei sidosyksikkö- tai kilpailuneutraaliteettisääntelyllä voida tehokkaasti ehkäistä tilanteita, joissa sidosyksikön saama sopimus ylittää markkinahinnan ja sidosyksikkö hinnoittelee ulosmyytävän ylikapasiteettinsa alle markkinahinnan.²⁸⁷ Hankintayksiköt voivat kuitenkin itse pienentää valtioneuvoston sääntelyn soveltumiskynnyksen

²⁸⁴ *Kuusniemi-Laineen* ja *Simon-Bellamyn* mukaan oikeustila on kuitenkin epäselvä puuttuvan oikeuskäytännön vuoksi, joten on syytä katsoa kauppavaikutuksesta vapaiden tilanteiden olevan harvinaisia. Ks. *Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy* 2017, s. 102.

²⁸⁵ Ks. *Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy* 2017, s. 102. *Kuusniemi-Laine* ja *Simon-Bellamy* perustavat näkemyksensä komission käsitiedoksiannon 190 kohtaan sekä seuraaviin unionin tuomioistuimen ratkaisuihin: C-518/13 *Eventech v. The Parking Adjudicator* EU:C:2015:9, kohdat 65 – 66; Yhdistetyt asiaat C-197/11 ja C-203/11 *Libert ym.* EU:C:2013:288, kohdat 76-77 sekä T-288/97 *Friulia Venezia Giulia* EU:T:2001:115, kohta 4 ja C-148/04 *Unicredito Italiano* ECLI:EU:C:2005:774, kohta 58.

²⁸⁶ Ks. *Ølykke – Andersen* 2015, s. 13.

²⁸⁷ Ks. *Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy* 2017, s. 116.

täyttymisen riskiä tilanteissa, joissa hankintayksiköt sallivat sidosyksiköidensä ulosmyynnin.²⁸⁸ Keskeisessä roolissa on sidosyksikön kanssa solmittavan sopimuksen markkinaehtoisuuden varmistaminen, minkä helppous vaihtelee tapauskohtaisesti kulloinkin kyseessä olevan sopimuskokonaisuuden mukaan.²⁸⁹

Sopimuksen markkinaehtoisuuden varmistaminen voidaan toteuttaa palvelun luonteesta riippuen hieman eri tavoin.²⁹⁰ *Ølykken* ja *Andersenin* mukaan hankintayksiköt voivat ryhtyä seuraaviin toimiin ehkäistäkseen valtiontukisääntelyn kriteereiden täyttymisen hyödyntäessä sidosyksikköpoikkeusta. Ensinnäkin hankintayksiköiden tulisi pyrkiä varmistamaan sopimuksesta maksamansa hinnan markkinaehtoisuus benchmarkingin avulla. Benchmarkingin toteuttamismuoto vaihtelee kulloinkin kyseessä olevan palvelun mukaan riippuen siitä, onko kyseessä niin sanottu yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu (SGEI) vai tavanomainen markkinoilta yleisesti saatavilla oleva palvelu, minkä toteuttamiseen sidosyksikköä käytetään.²⁹¹

SGEI-palveluiden osalta unionin tuomioistuimen *Altmark Trans* -tapaus tarjoaa reunaehdot sopimuksen markkinahintaisuuden määrittämiseksi, vaikka tuomio ei koskenutkaan nimellisesti SGEI-palveluita vaan julkisia palveluvelvoitteita.²⁹² Tuomioistuimen tapauksessa lausumien oikeusohjeiden soveltuvuus myös SGEI-palveluihin on kuitenkin todettu

²⁸⁸ Suomessa kielletyksi valtiontueksi mahdollisesti katsottavan ei-markkinahintaisen sopimuksen haitallisten vaikutusten ilmenemistä vähentää osaltaan hankintalaissa asetettu tiukka viiden prosentin tai 500 000 euron ulosmyyntiraja sidosyksiköille.

²⁸⁹ Esimerkkinä laajasta sopimuskokonaisuudesta, jonka markkinaehtoisuuden määrittämisestä hankaloittaa toiminnan aikaisempi viranomaisluonne, voidaan nostaa esiin Liikenneviraston (nykyisin Väylävirasto), Liikenteen turvallisuusviraston ja Viestintäviraston vuoden alussa tapahtuneen virastouudistuksen yhteydessä toteutettu yhtiöittäminen, jonka myötä Liikennevirastossa aiemmin harjoitettu liikenteenohjaus siirrettiin Traffic Management Finland Oy:öön ja Väylävirastoksi nimensä muuttanut Liikennevirasto hankkii liikenteen ohjauksen solmitun kumppanuussopimuksen perusteella jatkossa sen sidosyksikkönä toimivalta Traffic Management Finland Oy:ltä. Todettakoon, että kyseinen sopimus koskee tyypillisesti valtiontukisääntelyn ulkopuolelle toiminnan viranomaisluonteisuuden luonteen perusteella jäävää liikenteen ohjausta ja valvontaa. Kirjoittajalla ei ole myöskään tietoa Traffic Management Finland Oy aikomuksesta harjoittaa ulosmyyntiä, mikä mahdollisesti voisi johtaa toiminnan tulkitsemiseen markkinatoiminnaksi edellä kuvatulla tavalla. Tarkoituksena on ainoastaan kuvata sopimuksen markkinahintaisuuden määrittämisen vaikeutta yksittäistilanteessa.

²⁹⁰ Valtiontukisääntelyyn liittyvät riskitekijät saadaan helposti eliminoitua sidosyksikön pidättäytyessä ulosmyynnistä täysin.

²⁹¹ *Ølykke* – Andersen 2015, s. 13. SGEI -lyhenne tulee sanoista Services of General Economic Interest. SGEI-palveluilla tarkoitetaan palveluita, joista on yleistä yhteiskunnallista hyötyä ja joiden tuottajalle julkisyhteisö on asettanut erityisen julkisen palvelun velvoitteen. Alkion mukaan: ”SGEI-palvelut eroavat muista palveluista siten, että viranomaiset katsovat niitä tarvittavan, vaikka markkinoilla ei ole riittävästi kannusteita palvelujen tarjoamiseen.” Ks. Alkio – Hyvärinen 2016, s. 154. Samoin ks. *Ølykke* – Møllgaard 2016, s. 206–208. SGEI-palveluita voivat olla esimerkiksi yleinen joukkoliikenne tai veden- ja sähkönjakelu.

²⁹² Ks. C-280/00 *Altmark Trans* EU:C:2003:415.

myöhemmin komission SGEI-tiedonannossa.²⁹³ Komission SGEI-palvelujen tuottamisesta maksettavien korvausten tiedonanto sisältää reunaehdot myös ilman tarjouskilpailua solmittavalle sopimukselle, joten sitä voidaan soveltaa sidosyksiköiden kanssa solmittavan sopimuksen markkinaehtoisuuden varmistamiseen, jos palvelu luokitellaan jäsenvaltiossa SGEI-palveluksi.

Sopimuksesta maksettavan korvauksen vertailun perustaksi voidaan tiedonannon mukaan ottaa palvelulle jo olemassa oleva ja yleisesti hyväksytty markkinakorvaus, mikä muodostaa parhaimman vertailukohdan palvelusta maksettavalle korvaukselle, jos tarjouskilpailua ei ole järjestetty.²⁹⁴ Jos vertailuun tarvittavaa markkinakorvausta ei ole saatavilla esimerkiksi puuttuvan kilpailun vuoksi, voidaan korvaus määrittää tarkastelemalla niitä kustannuksia, jotka hyvin johdetulle ja julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisen näkökulmasta riittävillä välineillä varustetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi velvoitteiden täyttämisestä, kun huomioidaan toiminnasta saatavat tulot ja velvoitteiden täyttämisestä saatava kohtuullinen voitto. Tiedonannon mukaan, jos hankintayksikkö ”pystyy osoittamaan, että yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvää palvelua tuottavan yrityksen kustannusrakenne vastaa samalla alalla toimivan tehokkaan ja vertailukelpoisen yrityksen keskimääräistä kustannusrakennetta, korvauksen määrän katsotaan täyttävän neljännen Altmark-kriteerin, jos yritys pystyy korvauksen avulla kattamaan kustannuksensa ja saamaan kohtuullisen voiton.”²⁹⁵ Altmark-tapauksessa asetettujen neljän kriteerin täytyminen sulkee pois valtioneuvoston asetuksen soveltamisen sidosyksikön kanssa solmittuun sopimukseen.²⁹⁶

²⁹³ Altmark -tapauksessa asetettujen ehtojen soveltuvuus SGEI-palveluihin on kuitenkin todettu Komission tiedonannossa Euroopan unionin valtioneuvoston asetuksen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettävään korvaukseen vuodelta 2012, kohdat 42–44.

²⁹⁴ Komission SGEI-palvelujen tiedonanto, kohta 69. Hyvin johdetun keskivertoyrityksen määritelmää ei ole annettu komission toimesta, mutta tiedonannon 70 – 77 kohdan mukaisesti sillä tarkoitetaan yritystä, jonka määrittämiseen jäsenvaltioiden tulee käyttää objektiivisia arviointiperusteita. Voiton tuottaminen ei itsestään riitä täyttämään määritelmää, vaan lisäksi on otettava huomioon markkinavoiman tai alakohtaisten sääntöjen vaikutus yritysten taloudellisiin tuloksiin. Yritysten tulee lisäksi edustaa taloudelliselta kannalta tyydyttävää johtamista sekä noudattaa voimassa olevia kansallisia, unionin ja kansainvälisiä tilinpäätösstandardeja.

²⁹⁵ Ks. Komission SGEI-palvelujen tiedonanto, kohta 75. Tiedonannon mukaan neljännellä Altmark-kriteerillä tarkoitetaan Altmark -tapauksessa tuomioistuimen lausumaa neljättä edellytystä: ”Silloin, kun julkisen palvelun velvoitteiden täyttämistä vastaava yritys ei tietyssä konkreettisessa tapauksessa valita sellaisessa julkisissa hankintoja koskevassa menettelyssä, jossa on mahdollista valita se ehdokas, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmän kustannuksella, tarvittavan korvauksen taso on määritettävä tarkastelemalla sellaisia kustannuksia, joita hyvin johdetulle ja asetettujen julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisen kannalta riittävillä kuljetusvälineillä varustetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi kyseisten velvoitteiden täyttämisestä, kun otetaan huomioon toiminnasta saadut tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämistä saatava kohtuullinen voitto”.

²⁹⁶ Kolme muuta Altmark -kriteeriä ovat 1) Edunsaajayrityksen tehtäväksi on tosiasiallisesti annettu julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja siihen liittyvät velvoitteet on määriteltävä selvästi. 2) Korvauksen mää-

Jos sidosyksikön kanssa solmittavassa palvelusopimuksessa ei ole kyse SGEI-palvelusta, vaan jäsenvaltiossa ”tavanomaisen” markkinatoiminnan alaisuuteen kuuluvasta sopimuksesta esimerkiksi kiinteistöhuollon osalta, voi hankintayksikkö turvautua markkinataloustoimijaperiaatteeseen määritellään sopimuksesta maksettavan korvauksen. Markkinataloustoimijaperiaatteen mukaisesti hankintayksikön solmima sopimus ei sisällä kiellettyä valtiontukea, jos sopimus vastaa ehdoiltaan samankokoisen ja samansuuruisella markkinavoimalla operoivan kuvitteellisen yksityisen toimijan tekemää oikeustoimea.²⁹⁷ Markkinataloustoimijaperiaatetta voidaan soveltaa myös julkisten oikeushenkilöiden toimiessa ostajina.²⁹⁸

Hankintayksikön solmimaa sopimusta sidosyksikkönsä kanssa tarkastellaan tällöin sopimuksen tarpeellisuuden ja maksetun korvauksen osalta.²⁹⁹ Komission markkinataloustoimijaperiaatteeseen perustuvasta harkinnasta esimerkin tarjoaa *Clusterfonds Seed* -tapaus, jossa Saksan viranomaiset tekivät komissiolle 108 artiklan mukaisen ennakoilmoituksen suunnittelemastaan tukitoimesta.³⁰⁰ Tapauksessa oli kyse hankintayksikön määritelmän täyttävän julkisomisteisen pankin omistaman sijoitusrahaston hallinnan siirtämisestä pankin täydessä omistuksessa olevalle tytäryhtiölle.

Yksi komission tapauksessa lähemmin tarkastelemisista kysymyksistä oli, sisältääkö pankkikonsernin sisäinen järjestely kielletyksi valtiontueksi luokiteltavaa tukea? Komissio sovelsi asiaan markkinataloustoimijaperiaatetta ja katsoi Saksan viranomaisten toimittaman asiantuntijaselvityksen riittäväksi, koska selvitys osoitti, että rahaston hallinnoimisesta tytäryhtiölle maksettava korvaus oli markkinaehtoinen. Menettelyn sallittavuutta puolsi myös tytäryhtiölle asetettu kielto laajentaa rahaston toimintaa muuhun kuin rahaston ensisijaiseksi katsottuun tarkoitukseen, mikä oli Baijerin alueen startup-yritysten riskirahoitus. Lisäksi tytäryhtiön kirjanpidossa oli erotettu rahaston hallinnoimisesta aiheutuvat kulut muista tytäryhtiön toiminnan kuluista ristisubventoinnin ehkäisemiseksi.³⁰¹

räytymisen ehdot on annettava etukäteen objektiivisesti ja läpinäkyvästi. 3) Palvelun suorittamisesta maksettava korvaus ei saa ylittää tasoa, joka on tarpeen palvelun tuottamisesta aiheutuvien kustannusten kattamiseksi, kun tavanomainen voiton osuus on laskettu mukaan. Ks. C-280/00 *Altmark Trans* EU:C:2003:415.

²⁹⁷ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 14–15.

²⁹⁸ *Ibid.*, s. 15.

²⁹⁹ Ølykke – Andersen 2015, s. 15–16.

³⁰⁰ Ks. State aid N 406/2009 – Germany (Free State of Bavaria). Risk Capital Scheme Clusterfonds Seed GmbH & Co. KG.

³⁰¹ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 14–15.

Keskeisessä asemassa kielletyn valtiontuen myöntämisen riskin alentamisessa on Ølykken ja Andersenin mukaan myös ristisubventoinnin ennaltaehkäiseminen ja havaitseminen. Ristisubventoinnin ehkäisemiseksi ja havaitsemiseksi tulisi asettaa sidosyksiköille velvollisuus pitää kaksinkertaista kirjanpitoa, jossa eritellään kilpailluille markkinoille ja hankintayksikölle suoritettavan toiminnan kulut toisistaan.³⁰² Jotta kaksinkertaisen kirjanpidon asettamisella olisi tosiasiallista merkitystä, tulisi kiinnittää huomiota myös kulujen tarkoituksenmukaiseen kohdentamiseen näiden kahden toiminnon välillä.³⁰³

Vaikka Altmark -kriteereiden ja markkinataloustoimijaperiaatteen noudattaminen osaltaan varmistavat sen, ettei sopimuksen hinta ylitä markkinahintaa, tulee kustannusten kohdentamisen tapaan kiinnittää myös huomiota, koska ulosmyynnin ja hankintayksikölle suoritettavan toiminnan jaetut kustannukset voidaan periaatteessa kohdistaa ainoastaan hankintayksikölle suoritettavan toiminnan kuluksi.³⁰⁴ Tällainen kulujen kohdentamismenettely voi osaltaan johtaa sopimuksesta maksettavaan ylikompensatioon.³⁰⁵ Hankintayksiköiden tulisikin velvoittaa alaisensa sidosyksiköt hinnoittelemaan ulosmyyntinsä niin, että kilpailluille markkinoille myytävien palveluiden hintaan sisältyy palveluiden tuottamisesta aiheutuvat kustannukset sekä tosiasiallinen osuus sidosyksikön toiminnan jaetuista kustannuksista.³⁰⁶

4.5. Sidosyksiköille sallitun ulosmyynnin enimmäismäärän vaikutus kilpailuneutraliteettiin

4.5.1. Hankintalain tiukka sidosyksiköiden ulosmyyntiraja keinona ehkäistä kilpailun vääristymistä

Sidosyksiköiden ulosmyynnistä aiheutuvien ja kilpailun neutraalisuutta vaarantavien vaikutusten suuruusluokkaan vaikuttaa merkittävästi se, kuinka mittava ulosmyynti sidosyksiköille sallitaan. Hankintalain esitöissä ulosmyynnin sallitun euromääräisen enimmäismäärän

³⁰² Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 15.

³⁰³ Ølykke ja Andersen katsovat, että kustannusten kohdentamismenettelmällä on suuri merkitys valtiontukisääntelyn näkökulmasta, koska se vaikuttaa ratkaisevasti sidosyksikön ulosmyynnin hinnoittelukäytäntöön. Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 17.

³⁰⁴ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 17–18.

³⁰⁵ Ibid.

³⁰⁶ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 18. Ølykke ja Andersen katsovat, että markkinataloustoimijaperiaatteen näkökulmasta voidaan argumentoida, ettei hankintayksikköä vastaava yksityinen toimija suostuisi maksamaan sidosyksikön sille suorittaman toiminnan sekä ulosmyynnin jaettuja kustannuksia, vaan edellyttäisi että sen maksama osuus sisältää ainoastaan tosiasiallisen osuuden palvelun tuottamisesta aiheutuvista jaetuista kustannuksista.

riippuvuussuhdetta sidosyksikön kokonaisliikevaihtoon on käytetty perusteluna asettaa ulosmyyntiraja viiteen prosenttiin ja 500 000 euroon.³⁰⁷ Mitä suurempi sidosyksikkö on kokonaisliikevaihdoltaan, sitä suurempi euromääräinen osuus sidosyksikön kokonaisliikevaihdosta voitaisiin myydä ulos, jos sallitun ulosmyynnin määrä määritettäisiin ainoastaan prosentuaalisella osuudella sidosyksikön kokonaisliikevaihdosta, kuten unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja uudessa hankintadirektiivissä on tehty.

Ulosmyyntiosuuden sitominen ainoastaan prosentuaaliseen osuuteen sidosyksikön liikevaihdosta kannustaisi hankintayksiköitä muodostamaan liikevaihdoltaan entistä suurempia sidosyksiköitä, jotta sidosyksiköt voisivat toimia suuremmalla euromääräisellä osuudella kilpailluilla markkinoilla, mikä olisi omiaan lisäämään sidosyksiköiden ulosmyynnistä mahdollisesti aiheutuvia kielteisiä vaikutuksia kilpailuneutraliteettiin. Sidosyksiköiden ulosmyynnistä aiheutuvia kilpailuneutraliteettivaikutuksia pyritäänkin ehkäisemään asettamalla sidosyksiköiden ulosmyynnille sekä 500 000 euron että viiden prosentin katto sidosyksikön keskimääräisestä kokonaisliikevaihdosta sopimuksen tekemistä edeltäviltä kolmelta vuodelta. Jos sidosyksikkö ei ole ehtinyt olla toiminnassa kolmea vuotta ennen hankintayksikön kanssa solmittavan sopimuksen tekemistä, voidaan keskimääräisen liikevaihdon sijasta käyttää hankintalain 15 §:n 2 momentin mukaisesti muuhun vastaavaan toimintaan perustuvaa määrää kohdistumiskriteerin täyttymisen arviointiin.

Rajaamalla sidosyksiköiden ulosmyyntiä sekä prosentuaalisella osuudella että euromääräisesti, poistetaan hankintayksiköiltä mahdollisuus muodostaa valtavia sidosyksiköitä laajemman euromääräisen ulosmyynnin tavoittelemiseksi. Hankintalain 15 § 1 momentin mukaisen 500 000 euron ulosmyyntirajan vaikutukset kohdistuvat yli 10 000 000 euron liikevaihdon sidosyksiköiden ulosmyyntiin. Alle 10 000 000 euron liikevaihdon sidosyksiköt vuorostaan operoivat 5 prosentin rajoituksen kanssa. Valittu sääntelyratkaisu on erittäin tiukka verrattuna hankintadirektiivissä sallittuun 20 prosentin osuuteen liikevaihdosta.

Hankintalain tiukka ulosmyyntiraja ei ole kuitenkaan ainoa poikkeus hankintadirektiivin sidosyksikkösääntelystä. Kuntaliitto kritisoi hankintalakia säädettäessä hallituksen esitykseen sisällytettyä kohdistumiskriteerin sanamuotoa ja sen poikkeavuutta hankintadirektiivin kohdistumiskriteeriin nähden.³⁰⁸ Hankintalain sääntelyratkaisussa ratkaisevaa sidosyksikön toiminnan riittävän kohdistumisen osalta on se osa sidosyksikön toiminnasta, mikä kohdistuu

³⁰⁷ HE 108/2016 vp, s. 105–106.

³⁰⁸ Ks. Kuntaliiton täydentävä lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016, s. 5.

muihin tahoihin kuin määräysvaltaa käyttävään tahoon.³⁰⁹ Hankintalain mukaan: ”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 liiketoimintaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.”.

Euroopan unionin tuomioistuimen ratkaisukäytännössä ja hankintadirektiivissä kohdistumiskriteerin tulkinta on vuorostaan painottunut hankintayksikön sidosyksikölle antamien tehtävien prosentuaalisen osuuden tarkasteluun. Hankintadirektiivin mukaan kohdistumiskriteeri täyttyy jos: ”yli 80% kyseisen määräysvallassa olevan oikeushenkilön toiminnoista suoritetaan niiden tehtävien täyttämiseksi, jotka se on vastaanottanut määräysvaltaa käyttävältä hankintaviranomaiselta tai muilta kyseisen hankintaviranomaisen määräysvallan alaiselta oikeushenkilöltä”. Kuntaliiton mukaan hankintalain sanamuodosta seuraa alhaisemman ulosmyyntiprosentin myötä, ettei esimerkiksi kunnalle laissa asetettua velvollisuutta hoitaa sellaista tehtävää, mikä kohdistuu myös muihin kuin sidosyksikössä määräysvaltaa käyttäviin tahoihin, voida antaa sidosyksikön hoidettavaksi ilman, että lakisäänteinen toiminta tulkitaan sidosyksikön harjoittamaksi ulosmyynniksi.³¹⁰

Kuntaliitto katsoo, että valitulla sääntelyratkaisulla tulee olemaan merkittäviä vaikutuksia sidosyksiköiden toimintaan ja tietyillä alueilla myös palvelujen saatavuuteen.³¹¹ Kiistatonta on kuitenkin se, että sääntelyratkaisulla rajoitetaan huomattavasti sidosyksiköiden mahdollisuuksia harjoittaa ulosmyyntiä verrattuna hankintadirektiiviä edeltäneeseen tilanteeseen, puhumattakaan hankintadirektiivissä sallitusta 20 prosentin ulosmyyntirajasta.³¹² Sidosyksikköpoikkeusta koskevan unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa hankintalakiin sisällytettyjä tiukkoja rajoja voidaan kuitenkin pitää sidosyksikköpoikkeuksen ja erityisesti sen kohdistumiskriteerin perimmäisen tarkoituksen huomioivina. Unionin tuomioistuin on *Carbotermo* ja *Sea* -tapauksissa katsonut, että sidosyksiköiden ensisijaisena tarkoituksena on julkisen palveluvelvoitteen suorittaminen hankintayksiköille ja ulosmyynti on sallittua,

³⁰⁹ Ks. Hankintalain 15 § 1 momentti.

³¹⁰ Kuntaliiton täydentävä lausuma eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016, s. 5. Hankintalain kohdistumiskriteerin sanamuoto yhdistettynä tiukkoihin ulosmyyntirajoihin rajoittaa huomattavasti sidosyksiköiden mahdollisuuksia ulosmyyntiin.

³¹¹ Ibid.

³¹² Ks. Kuntaliiton täydentävä lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016, s. 2 – 5.

jos se on luonteeltaan ainoastaan toissijaista tähän sidosyksikön ensisijaiseen tarkoitukseen verrattuna.³¹³

Direktiiviin sisällytetyn 20 prosentin ulosmyyntirajan seurauksesta näin ei välttämättä enää ole muissa jäsenvaltioissa. Ainoastaan prosentuaaliseen osuuteen sidosyksikön liikevaihdosta sidottu sallitun ulosmyynnin osuus tarjoaa hankintayksiköille mahdollisuuden muodostaa sidosyksiköistään mahdollisimman suuria yhteisomistuksen avulla. Esimerkiksi 100 000 000 euron liikevaihdolla varustettu sidosyksikkö pystyisi harjoittamaan 20 000 000 euron edestä palveluidensa ulosmyyntiä muille kuin sen omistajinaan oleville hankintayksiköille. Tällöin ollaan kaukana unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä edellytetystä ulosmyynnin toissijaisesta luonteesta, vaikka se sinänsä direktiivissä sallitun 20 prosentin ulosmyyntirajan täyttääkin.³¹⁴

Hankintalain sääntelyratkaisussa korostuu kilpailuneutraliteetin turvaaminen, mutta näin tiukan sääntelyn seurauksesta herää väistämättäkin kysymys, onko lakia säätäessä riittävästi huomioitu sidosyksikköpoikkeuksen merkitys keskeisenä julkisen sektorin toiminnan organisoinnin muotona? Hankintalain tiukasta ulosmyyntirajasta seuraa useilla toimialoilla tarve järjestellä uudelleen aikaisemmin sidosyksikköpoikkeusta hyödyntäen organisoitu toiminta, mistä voi aiheutua yllättäviäkin seurauksia.³¹⁵ Lisäksi 500 000 euron ulosmyyntiraja on niin alhainen, että isompien yli 10 000 000 euron keskimääräisellä kokonaisliikevaihdolla toimivien sidosyksiköiden osalta se soveltuu lähinnä satunnaiseen ja pienimuotoiseen ylikapasiteetin ulosmyyntiin, minkä seuraaminen voi olla sidosyksikölle hankalaa ja aiheuttaa lähinnä suuren riskin sidosyksikköpoikkeuksen soveltumattomuudesta ulosmyynnillä saavutettaviin hyötyihin nähden.³¹⁶

³¹³ Ks. C-340/04 *Carbotermo* EU:C:2006:308, kohta 63 ja C-573/07 *Sea* EU:C:2009:532, kohta 79.

³¹⁴ Uuden hankintadirektiivin myötä jäsenvaltioiden ja niiden hankintayksiköiden vastuu ja rooli korostuu kilpailuneutraliteetin turvaamisessa tiukan ja kilpailun tasapuolisuutta painottaneen unionin tuomioistuimen sidosyksikkösääntelyn tultua sivuutetuksi hankintadirektiiveissä. Suomessa tähän on hankintalain sidosyksikkösäännöksillä kuitenkin herätty.

³¹⁵ Esimerkiksi jätelain uudistamisen yhteydessä on kiinnitetty huomiota tiukentuneen sidosyksikkösääntelyn vaikutuksiin. Sidosyksikkösääntelyn vaikutuksista erityisesti jätealan näkökulmasta ks. selvitysmiesten tekemät selvitykset: Alkio 2016 ja Pohjonen 2017.

³¹⁶ Mahdollisista ulosmyyntirajan ylittämisen riskeistä mainittakoon aiemmin tutkielman 3 kappaleessa käsitelty KKV:n markkinaoikeudelle tekemä esitys 200 000 euron seuraamusmaksun määräämisestä Paraisten kaupungille laittomasta suorahankinnasta. Liian tiukka ulosmyyntiraja voi vuorostaan johtaa toiminnan järjestämiseen kunnissa sidosyksikköpoikkeusta hyödyntäen siten, että kunnan palvelutarve tyydytetään sidosyksikön kautta omana työnä ja sidosyksikkö ei myy palveluitaan lainkaan markkinoille, ja samalla kilpailluille markkinoille suunnattu toiminta järjestetään vuorostaan sitä varten perustetun yrityksen välityksellä, jotta kunta saa

4.5.2. *Sidosyksikön toimintaa vastaavan markkinaehtoisen toiminnan puuttumisen toteaminen avoimuusilmoituksella*

Tiukasta viiden prosentin ja 500 000 euron suuruisen ulosmyynnin rajasta voidaan hankintalain 15 §:n 3 momentin mukaan kuitenkin poiketa tilanteessa, jossa sidosyksikön toiminnan kanssa vastaavaa markkinaehtoista toimintaa ei ole. Vastaavan markkinaehtoisen toiminnan puuttumisen toteamiseksi sidosyksikön omistavan hankintayksikön tulee julkaista hankintalain 58 §:n 3 momentin mukainen sidosyksikön suunniteltua ulosmyyntiä koskeva avoimuusilmoitus www.hankintailmoitukset.fi -osoitteessa.³¹⁷ Jos 14 päivän vähimmäismääräajan, tai mahdollisesti pidemmän määräajan, kuluessa ilmoituksen julkaisemista hankintayksikkö ei ole saanut vastauksia avoimuusilmoitukseen markkinaehtoisen toiminnan olemassaolosta, hankintayksikön alainen sidosyksikkö saa kolmeksi vuodeksi nostaa ulosmyyntinsä 10 prosenttiin kokonaisliikevaihdostaan ilman 500 000 euron ulosmyyntirajaa.³¹⁸

Sääntelyratkaisun tausta-ajatuksena on pyrkimys markkinahäiriön tai markkinoiden epäoikeudenmukaisuuden paikkaamiseen valtion tai julkisen vallan puuttumisen avulla, mikä tapahtuu sidosyksikölle sallitun ulosmyyntiosuuden kasvattamisella.³¹⁹ Valittu sääntelyratkaisu ei ole kuitenkaan täysin ongelmaton. Hallituksen esityksessä ulosmyyntirajan kasvattamista avoimuusilmoituksella perustellaan ulosmyynnin neutraalilla vaikutuksella kilpailuneutraliteettiin, jos avoimuusilmoitukseen ei saada vastauksia vastaavaa toimintaa harjoittavilta yrityksiltä tai elinkeinonharjoittajilta.³²⁰ Se saattaa kuitenkin olla joissain tapauksissa liian pitkälle menevä oletus.

Hankintalain esitöissä esitetyissä perusteluissa ei ole huomioitu sitä, että markkinaehtoisen toiminnan puuttuminen voi olla seurausta sidosyksikön harjoittamasta ulosmyynnistä ennen

kaipaamiensa tuloja. Tällainen järjestely toki vähentää sidosyksiköiden aiheuttamia kilpailuneutraliteettivaikutuksia, mutta menettelyn järjestyminen voidaan kyseenalaistaa verovarojen tehokkaan käytön näkökulmasta.

³¹⁷ Avoimuusilmoitukseen tulee 58 §:n 3 momentin mukaisesti sisältää: tieto ulosmyynnistä, hankintayksikön ja sidosyksikön tiedot, kuvaus sidosyksikön liiketoiminnasta luonteesta, ulosmyynnin arvioitu osuus liiketoiminnasta, määräaika ja osoite vastausten toimittamiselle.

³¹⁸ Toisin sanoen sidosyksikölle sallitun ulosmyynnin määrän osalta voidaan kolmeksi vuodeksi palata aikaan ennen hankintalain siirtymäsäännösten voimaantuloa.

³¹⁹ Hankintalain hallituksen esityksessä 5 prosentin ja 500 000 euron ulosmyyntirajaa luonnehditaan suhteetoman rajoittavaksi tilanteissa, joissa sidosyksikkö on tosiasiallisesti ainoa palveluntarjoaja kyseisellä markkinalla. Ks. *HE 108/2016 vp*, s. 102. *Wolf* katsoo, että valtion puuttuminen on perusteltua tapauksissa, joissa markkinat eivät synnytä riittävää tarjontaa kysyntään nähden tai osa elintärkeistä palveluista on joidenkin kulluttajien ulottumattomissa. Ks. *Wolf 2015*, s. 29 – 31.

³²⁰ Ks. *HE 108/2016 vp*, s. 102–103.

tiukemman sidosyksikkösääntelyn voimaantuloa.³²¹ Näin ollen heti tiukemman ulosmyyntisääntelyn voimaantulon jälkeen tehtyyn avoimuusilmoitukseen ei välttämättä saada ainuttakaan vastausta ja vallitseva asiantila voi jatkua kolme vuotta pidempään, mikä voi hidastaa tai estää sidosyksikön potentiaalisten kilpailijoiden markkinoille tuloa. Vallitseva asiantila voi säilyä ennallaan erityisesti tilanteissa, joissa sidosyksikön ulosmyynti on riittänyt kattamaan koko potentiaalisen markkinan.

Toisaalta avoimuusilmoituksen mahdollistaman laajemman ulosmyynnin puolesta puhuen tarjoama liikkumavara erittäin tiukkaan ulosmyyntirajaan. Avoimuusilmoituksen ansiosta sidosyksikön työvoimaa ja organisaatiota voidaan hyödyntää markkinahäiriön paikkaamisessa ja samalla poistetaan tarve erillisen yhtiön perustamiselle. Kymmenen prosentin ulosmyyntiraja oli myös vakiintuneesti katsottu oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa kilpailuneutraliteetin kannalta riittävän pieneksi turvaamaan kilpailun tasapuolisuus.

Näin ollen mahdolliset kilpailuneutraliteettivaikutukset jäävät avoimuusilmoituksen tekemisen jälkeenkin pienemmiksi kuin tilanteessa, jossa sääntelyratkaisuksi olisi valittu hankintadirektiivin mahdollistama 20 prosentin ulosmyynti. Avoimuusilmoituksella tapahtuva ulosmyynnin laajentaminen ainoastaan ennen hankintadirektiivin voimaantuloa sallituksi katsottuun kymmeneen prosenttiin sidosyksikön liikevaihdosta, säilyttää myös unionin tuomioistuimen luoman tiukan sidosyksikköpoikkeuksen sääntelykehikon, jonka ensisijaisena tarkoituksena oli ehkäistä kilpailun väärentymistä sidosyksikön harjoittaessa ulosmyyntiä.³²² Kilpailuneutraliteetin näkökulmasta sääntelyratkaisu on hyvin perusteltu.

Mahdollisia valuvikoja ja puutteita avoimuusilmoitukseen jäi kuitenkin sen tarjoaman oikeusvarmuuden osalta. Avoimuusilmoituksessa ei ole riittävällä tavalla huomioitu monitoi-

³²¹ Samankaltainen tulkinta voidaan löytää valtioneuvoston päätöksen piiristä, jossa toiminnan luonnehtimista markkinaluonteiseksi ei ole sidottu kilpailun tosiasialliseen ilmenemiseen tuetun yrityksen toimialalla tai tietyllä markkina-alueella. Tietyn yrityksen saama tuki voi nimittäin olla niin merkittävää, että se itsessään estää kilpailijoiden toiminnan kyseisellä toimialalla. Ks. Kuusniemi-Laine 2014, s. 663–664. Sidosyksikön ulosmyyntien palveluiden ei-markkinaehtoisesta hinnoittelusta johtuen kilpailijoiden tulo markkinoille voi estyä, mikä voi myös osaltaan selittää avoimuusilmoitukseen saatavien vastausten puuttumisen. Toisaalta hankintalain sääntelyn ei ole tarkoituskaan ehkäistä näitä tilanteita, koska KKV voi sille kilpailulaissa annetun toimivallan nojalla puuttua sidosyksikön hinnoittelukäytännössä ilmenevään alihinnoitteluun. Ulosmyynnin rajoittamisella kuitenkin osaltaan ehkäistään myös alihinnoittelun kielteisiä vaikutuksia rajaamalla ulosmyynnin sallittua määrää.

³²² Toisin kuin muissa EU:n jäsenvaltioissa, Suomessa hankintadirektiiviin sisällytetyn sidosyksikköpoikkeuksen oikeuskäytännöstä poikkeavan sääntelyn mahdolliset kielteiset kilpailuneutraliteettivaikutukset eivät aktualisoidu samassa mittakaavassa tiukemman sääntelyn seurauksesta.

mialaisia sidosyksiköitä. Hankintalaissa eikä sen esitöissä ole esimerkiksi otettu nimenomaisesti kantaa siihen, tarkastellaanko sidosyksikön toimintaa kokonaisuutena vai toimialakohteisesti hankintayksikön tehdessä avoimuusilmoituksen.³²³ Kuntaliiton mukaan monitoimialaisten sidosyksiköiden harjoittaman ulosmyynnin yhdeksi kokonaisuudeksi katsominen johtaa sidosyksikön eri toimintojen eriyttämiseen omiksi yhtiöikseen sidosyksikköpoikkeuksen soveltumisen varmistamiseksi. Kuntaliitto katsoo, ettei tulkinta ole kansantalouden näkökulmasta tarkoituksenmukainen.³²⁴ Näkemykseen on helppo yhtyä.

Vastaavan markkinaehtoisen toiminnan määrittäminen voi osoittautua myös käytännön soveltamistilanteessa vaikeaksi hallituksen esityksen ympärilyöreyden vuoksi. Hallituksen esityksessä ei ole esimerkiksi avattu lainkaan käsitettä ”vastaavat markkinat”. Kuntaliitto nostikin lakia säädettäessä useita avoimuusilmoituksen soveltamistilanteessa mahdollisesti aktualisoituvia ongelmia esiin. Esimerkiksi epäselväksi jää, täyttyykö vastaavan markkinaehtoisen toiminnan määritelmä tilanteessa, jossa kunnan omistama sidosyksikkö myy henkilöstöruokalastaan ylijäänyttä ruokaa esimerkiksi vähävaraisille ja kunnan alueella sijaitsee yksi ravintola, jonka palveluita vähävaraiset eivät tosiasiallisesti pysty käyttämään, jos ravintola vastaa hankintayksikön avoimuusilmoitukseen. Lisäksi laissa ei oteta kantaa siihen, voidaanko ”vastaavan markkinaehtoisen toiminnan” aloittaminen lähitulevaisuudessa tai esimerkiksi vuoden päästä avoimuusilmoituksen julkaisemisesta katsoa riittäväksi ulosmyynnin nostamisen ehkäisemiseksi?³²⁵

Lainsäätäjä on ilmeisesti halunnut jättää oikeuskäytännön varaan monia avoimia kysymyksiä, mikä johtaa siihen, että avoimuusilmoituksen mahdolliset valuviat ja lausunnoissa esiin nostettujen ongelmien todellinen suuruusluokka tulevat esiin vasta ajan kuluessa kertyvän oikeuskäytännön myötä. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden oikeuskäytäntö tuleekin todennäköisesti näyttelemään suurta roolia avoimuusilmoituksen soveltamisalan määrittämisessä esitöiden suppeuden vuoksi. Hankintayksiköiden näkökulmasta avoimuusilmoitus ja sitä koskevat hallituksen esityksen perustelut jättävät oikeusvarmuuden

³²³ Eduskunnan talousvaliokunta katsoi mietinnössään, että ainoastaan sellainen vastaus, mikä osoittaa sidosyksikön toiminnan kanssa sisällöllisesti ja muilta vastaavilta ehdoiltaan vastaavan toiminnan olemassaolon tai suunnitelman ryhtyä harjoittamaan vastaavaa toimintaa, ehkäisee avoimuusilmoituksen menestymisen. Ks. *TaVM 31/2016 vp*, s.7–8.

³²⁴ Kuntaliiton täydentävä lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 21.11.2016 s. 4. Kuntaliiton näkemykseen on helppo yhtyä.

³²⁵ Laajemmin käytännön soveltamistilanteissa mahdollisesti aktualisoituvista ongelmista ks. Kuntaliiton lausunto eduskunnan hallintovaliokunnalle 2016, s. 3.

kannalta valitettavan monia kysymyksiä avoimiksi, mikä osaltaan vaikeuttaa monimutkaiseksi ja vaikeaselkoiseksi kritisoidun sääntelyratkaisun soveltamista käytännössä.

Kilpailuneutraliteetin turvaamisen näkökulmasta avoimuusilmoitus on kuitenkin pääosin hyvin perusteltu, minkä lisäksi se mahdollistaa samalla ainakin jonkinlaisen liikkumavaran sidosyksiköiden hyödyntämiseen tilanteissa, joissa kilpailevaa markkinaehtoista toimintaa ei tosiasiallisesti ole. Lisätutkimukselle on kuitenkin tarvetta avoimuusilmoitusta koskevan oikeuskäytännön karttuessa.

4.5.3. *Sidosyksikköpoikkeus keskimääräisesti alle 100 000 eurolla ulosmyyntiä harjoittavien sidosyksiköiden osalta*

Hankintalain 15 §:ään sisältyy avoimuusilmoituksen lisäksi toinenkin poikkeus sidosyksiköiden viiden prosentin ja 500 000 euron pääsääntöisen ulosmyyntirajan osalta, mikä lisää sidosyksikkösääntelyn vaikeaselkoisuutta. Hankintalain 15 § 4 momentin mukaisesti 5 prosentin ulosmyyntirajaa 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. Säännöksen tarkoituksena on helpottaa sidosyksikköpoikkeuksen hyödyntämistä pienten ja keskisuurten sidosyksiköiden osalta. Poikkeus on sisällytetty hankintalakiin, koska pienten sidosyksiköiden ulosmyynnissä 5 prosentin ulosmyyntiraja voisi täytyä helposti ja sen seuraaminen lisäisi kohtuuttomasti pienten sidosyksiköiden hallinnollista taakkaa.³²⁶

Kolmen vuoden ajalta vuotuisesti keskimäärin alle 100 000 euron jäävän ulosmyynnin ei katsota vaikuttavan negatiivisesti kilpailuneutraliteettiin, koska se on määrällisesti vähäistä.³²⁷ Sidosyksikön tulee kuitenkin huolehtia siitä, ettei sen harjoittama ulosmyynti ylitä hankintadirektiivin mukaista 20 prosentin osuutta kolmen vuoden ajanjaksolla, vaikka 20 prosentin ulosmyyntirajaa ei hankintalakiin nimenomaisesti sisällykään.³²⁸ Sääntelyratkaisun oikeasuhtaisuutta on vaikea arvioida esitöiden suppeuden ja puuttuvien selvitysten vuoksi, mutta ilman 4 momentin poikkeusta sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisala olisi kaventunut kohtuuttomasti. Se onkin ensisijaisesti tarpeen lieventämään sidosyksikköpoikkeuksen tiukkaa ulosmyyntirajaa.

³²⁶ Ks. HE 108/2016 vp, s. 103–104.

³²⁷ Ibid.

³²⁸ Ibid.

4.6. In house sisters -hankinnat, käänteiset sidosyksikköhankinnat ja yksityisen pääoman kielto sidosyksikössä

4.6.1. *In house sisters* -hankintojen ja käänteisten sidosyksikköhankintojen määritelmä ja soveltamisala

Hankintadirektiivissä sallitaan myös niin sanotut *in house sisters* -hankinnat sekä käänteiset sidosyksikköhankinnat, joita käsittävää unionin tuomioistuimen oikeuskäytäntöä ei ole. Komissio piti niiden sisällymistä sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisalaan teoreettisesti mahdollisena jo ennen hankintadirektiivin hyväksymistä.³²⁹ *In house sisters* -hankinnalla tarkoitetaan tilannetta, jossa hankintayksikön alaisuudessa on useampi sidosyksiköksi luokiteltava oikeushenkilö ja joku näistä sidosyksiköistä tekee hankinnan toiselta ”emohankintayksikön” alaiselta sidosyksiköltä ilman kilpailuttamista.³³⁰ Käänteisellä sidosyksikköhankinnalla tarkoitetaan vuorostaan sidosyksikön tekemää hankintaa sen omistavalta ja siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä ilman hankinnan kilpailuttamista.³³¹

Hankintadirektiivi asettaa kuitenkin rajoituksia näiden poikkeuksien hyödyntämiselle yhteisomisteisten sidosyksiköiden osalta. Hankintadirektiivissä *in house sisters* -hankinnoista ja käänteisistä sidosyksikköhankinnoista säädetään 12 artiklan 2 kohdassa, jonka mukaan: ”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.”. 12 artiklan 1 kohta, johon 2 kohdassa viitataan, sääntelee kontrollikriteerin täyttymistä tilanteessa, jossa hankintayksikkö omistaa yksin alaisensa sidosyksikön.

³²⁹ Ks. Commission Staff working paper 2011, s. 9. Ks. myös SOU 2011, s. 119.

³³⁰ Hankintadirektiivissä asiasta säädetään 12 artiklan 2 kohdassa.

³³¹ Hankintalain 15 § 6 momentin mukaan hankintalakia ei sovelleta tilanteisiin, joissa sidosyksikkö, joka on hankintayksikkö, tekee hankinnan siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä tai saman hankintayksikön määräysvallassa olevalta toiselta sidosyksiköltä.

Vastaavaa hankintadirektiivin 12 artiklan 2 kohtaan kirjattua in house sisters -hankinnat ja käänteiset sidosyksikköhankinnat mahdollistavaa sääntelyä ei kuitenkaan sisälly yhteisomisteisten sidosyksiköiden kontrollikriteeriä sääntelevään 12 artiklan 3 kohtaan. Näin ollen voidaan katsoa, että hankintadirektiivistä johtuen esimerkiksi kuntalain 126 § 2 momentin 3 kohdan mukaisen yhteistoiminnan osalta in house sisters -hankintojen ja käänteisten sidosyksikköhankintojen tekeminen ei ole mahdollista. Hankintalain sanamuodossa hankintadirektiivin rajausta ei ole kuitenkaan huomioitu, mikä harhaanjohtavasti näyttää laajentavan in house sisters -hankintojen ja käänteisten sidosyksikköhankintojen soveltamisalan vastoin hankintadirektiivin sanamuotoa myös sidosyksiköiden yhteisomistustilanteisiin.³³²

Sidosyksikköpoikkeuksen laajentuminen myös sidosyksiköjen välisiin hankintoihin ja sidosyksikön tekemiin hankintoihin siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä, yhdistettynä hankintadirektiivin muihin unionin tuomioistuimen sidosyksikkösääntelyn oikeuskäytännöstä tehtyihin lievennyksiin, herätti tutkijoiden keskuudessa huolta kilpailuneutraliteetin vaarantumisesta.³³³ *Janssenin* mukaan sidosyksiköt eivät muodollisesti täytä sidosyksikköpoikkeuksen oikeuskäytännössä muotoutuneita soveltamedellytyksiä, kun ne tekevät hankinnan hankintayksiköltä tai toiselta sidosyksiköltä, koska niillä ei ole sidosyksikköpoikkeuksen edellyttämää määräysvaltaa suhteessa hankintayksikköön tai toiseen sidosyksikköön.³³⁴ Toisaalta ne rinnastetaan ”varsinaisen” sidosyksikköpoikkeuksen soveltamistilanteessa samaan organisaatioon hankintayksikön kanssa, joten olisi hieman kyseenalaista kieltää ”omana työnä” toteutettava hankinta sisarsidosyksiköiden tai sidosyksikön ja hankintayksikön välillä, vaikka niiltä sidosyksikköpoikkeuksen muodolliset edellytykset puuttuvatkin.³³⁵

In house sisters -hankinnat sekä käänteiset sidosyksikköhankinnat tarjoavat sidosyksikölle lisää mahdollisuuksia solmia edullisia sopimuksia, jotka on rahoitettu verovaroin. Kontrollikriteerin laajentuminen helpottaa näin ollen entisestään sidosyksikön mahdollisuuksia poiketa markkinaehtoisesta hinnoittelusta ulosmyynnissään, mikä voi lisätä ulosmyynnin aiheuttamaa kilpailun vääristymistä. Suomessa tiukat ulosmyyntirajat kuitenkin osaltaan hei-

³³² Euroopan unionin oikeuden ensisijaisuuden perusteella direktiivin sääntely kuitenkin syrjäyttää sen kanssa ristiriitaisen kansallisen säännöksen.

³³³ Ks. Sánchez-Graells 2015, s. 269–271 ja Ølykke – Andersen 2015, s. 8–9.

³³⁴ Janssen 2014, s. 177.

³³⁵ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 9.

kentävät kontrollikriteerin laajentumisen mahdollisia negatiivisia vaikutuksia kilpailuneutraliteettiin, mutta muissa jäsenvaltioissa – Puolaa lukuun ottamatta – riski kilpailun vääristymisestä on suurempi sidosyksiköille direktiivissä sallitun 20 prosentin ulosmyynnin seurauksesta.

4.6.2. *Yksityisen omistuksen kieltö hankintalaissa*

Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa³³⁶ lähes ehdottomaksi katsottuun yksityisen omistuksen kieltoon sidosyksiköissä tehtiin lievennys muun muassa hankintadirektiivin 12 artiklan 1 kohdan alakohdassa c. Kyseisen kohdan mukaan sidosyksikköpoikkeusta voidaan soveltaa, jos ”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.”. Kyseinen kohta tarjoaa yksityisille toimijoille mahdollisuuden päästä osalliseksi sidosyksikön toimintaan, mikä voi tarjota kyseiselle yksityiselle toimijalle paremman aseman sen kilpailijoihin nähden.³³⁷ Näin on erityisesti tilanteissa, joissa toimijaa ei valita kilpailuttamalla.³³⁸

Suomessa direktiivin mahdollinen kielteinen kilpailuneutraliteettivaikutus ei kuitenkaan realisoidu, koska Suomen oikeusjärjestykseen ei sisälly hankintadirektiivin 12 artiklan 1 kohdan c alakohdassa tarkoitettuja ”perussopimusten mukaisia kansallisissa säännöksissä vaadittuja yksityisen pääomaosuuden muotoja ilman määräysvaltaa ja ilman suojaamista, jotka eivät vaikuta ratkaisevasti määräysvallan alaisen oikeushenkilön päätöksiin.”. Hankintalain 15 §:n 1 momentin mukaan: ”Sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa.”. Valittu sääntelyratkaisu on linjassa hankintalain esitöissä esitetyn kilpailuneutraliteetin turvaamiseen tähtäävän sääntelyn tavoitteen kanssa, minkä lisäksi se noudattaa unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaista ehdotonta yksityisen pääoman kieltöä.³³⁹

³³⁶ Ks. Williams 2011, s. 3 – 4.

³³⁷ Wiggen katsoo, että yksityisen pääoman välillinen salliminen sidosyksiköissä edustaa huomattavaa muutosta unionin tuomioistuimen linjaan. Sillä on myös selkeästi negatiivinen vaikutus kilpailun tasapuolisuuteen yksityisten toimijoiden välillä, koska ne voivat päästä ilman kilpailuttamista osallisiksi sidosyksikön toimintaan ja sitä kautta saavat selkeän kilpailuedun. Ks. Wiggen 2014, s. 85 – 86 ja Hankintadirektiivin 2014/24/EU johdanto, kohta 32.

³³⁸ Ks. Ølykke – Andersen 2015, s. 8–9

³³⁹ Ks. C-26/03 *Stadt Halle* EU:C:2005:5, kohta 51 ja C-29/04 *komissio vastaan Itävalta* EU:C:2005:670, kohta 48.

Kilpailuneutraliteetin turvaamiseksi niissä jäsenvaltioissa, joissa 12 artiklan 1 kohdan mukainen yksityinen omistusosuus sidosyksiköihin sallitaan, tulisikin järjestää *Acaset* -tapauksessa kuvattu tarjouskilpailu yksityisen kumppanin valitsemiseksi, jotta yksityisillä toimijoilla olisi tasapuoliset mahdollisuudet päästä osallisiksi sidosyksikön toimintaan.³⁴⁰

³⁴⁰ Ks. C-196/08 *Acaset* EU:C:2009:628.

5. JOHTOPÄÄTÖKSET

Unionin tuomioistuimen *Teckal* -tapauksesta alkunsa saanut sidosyksikköpoikkeuksen kehityskulku on saavuttanut eräänlaisen välietapin hankintadirektiiviin kodifioidun sidosyksikkösääntelyn myötä. Klassisen sektorin hankintadirektiivistä on selkeästi havaittavissa lainsäätäjien pyrkimykset erkaantua unionin tuomioistuimen tiukkarajaisesta sidosyksikkösääntelystä ja mahdollistaa joustavampi sidosyksikköpoikkeuksen hyödyntäminen hankintayksiköiden toiminnan organisoimisessa. Sidosyksikköpoikkeuksen soveltamisalan laajentuminen voidaan nähdä myös yhtenä monista keinoista, joilla direktiivissä pyritään antamaan hankintayksiköille lisää liikkumavaraa tarkoituksenmukaisimman menettelyn valintaan, niiden tyydyttäessä toiminnassaan tarvitsemansa palvelujen, tavaroiden ja urakoiden tarpeensa.

On kuitenkin huolestuttavaa, että ainoastaan Puolassa ja Suomessa kiinnitettiin konkreettisesti huomiota sidosyksikköpoikkeuksen kohdistumiskriteerin keskeiseen kilpailuneutraliteettia turvaavaan tarkoitukseen. Tutkielmassa sidosyksikkösuhteen synnyttämien kilpailuneutraliteettiongelmien taustatekijöiksi on tunnistettu hankintayksikön ja sidosyksikön välinen erityinen julkisoikeudellinen suhde sekä sen tarjoamat mahdollisuudet myöntää sidosyksikölle markkinaehtoisesta sopimuksesta tavalla tai toisella poikkeavia edullisia sopimuksia. Edullinen sopimus mahdollistaa sidosyksikölle ristosubventoinnin ja ei-markkinaehtoisien hinnoittelun käyttämisen ulosmyynnissään, mikä vääristää markkinoiden toiminnan kannalta tärkeän hintamekanismin toimintaa ja tarjoaa sidosyksikölle kilpailijoihinsa nähden kilpailuedun.

Hankintadirektiivin sidosyksikkösääntelyn kilpailuneutraliteettiongelmat on huomioitu hankintalain poikkeamalla direktiivin ulosmyyntirajasta tiukempaan suuntaan. Hankintalain tiukka ulosmyyntiraja rajoittaa sidosyksikön mahdollisuuksia harjoittaa ulosmyyntiä huomattavasti ja vähentää sidosyksikön mahdollisesti harjoittamien kilpailuneutraliteettia vaarantavien menettelyjen vaikutusta rajoittamalla ulosmyynnin määrää. 500 000 euron ulosmyyntiraja poistaa kannustimet sidosyksiköiden liikevaihdon kasvattamiselta laajemman ulosmyynnin mahdollistamiseksi, mikä osoittaa lainsäätäjän ymmärtäneen sidosyksikön perimmäisen tarkoituksen ensisijaisesti julkisoikeudellisten tavoitteiden toteuttamiseen tarkoitettuna toiminnan muotona.

Hankintalain sääntelyratkaisu on kuitenkin vaikeaselkoinen ja erityisesti avoimuusilmoituksen osalta valitettavan monia kysymyksiä jätettiin tulevan oikeuskäytännön varaan. Halli-

tuksen esityksen suppeus avoimuusilmoituksen soveltamisalan osalta aiheuttaa hankintayksiköille epävarmuutta ja hallinnollista taakkaa, mikä voi osaltaan johtaa siihen, että hankintayksikkö perustaa sidosyksikön oman tarpeensa tyydyttämiseen ja markkinoille suunnattua toimintaa harjoitetaan kolmannen yrityksen kautta. Ainakin siihen asti kunnes oikeuskäytäntö paikkaa esitöiden jättämät aukot.

Hankintalain tiukka sidosyksikkösääntely ei kuitenkaan poista hankintayksiköiden keskeistä roolia kilpailuneutraliteetin toteutumisessa niiden hyödyntäessä sidosyksikköpoikkeusta. Sidosyksikkösääntely ei nimittäin nyky muodossaan estä tilannetta, jossa sidosyksikkö saa markkinahinnan ylittävän sopimuksen hankintayksiköltä, mutta ulosmyynnin osalta hinnoittelee ylikapasiteettinsa alle markkinahinnan. Kyseisissä tapauksissa soveltuvaksi saattavat tulla myös EU:n valtioneukisäännöt, koska ulosmyynnin osalta sidosyksikön voidaan useasti katsoa toimivan kilpailutilanteessa markkinoilla, mikä voi johtaa ei-markkinaehtoiseen sopimuksen tulkitsemiseen kielletyksi markkinatoiminnan tukemiseksi SEUT 107 artiklan 1 kohdan tarkoittamalla tavalla.³⁴¹

Hankintayksiköiden keskeistä roolia kilpailuneutraliteetin turvaamisessa korostaa lisäksi se, että hankintayksiköt voivat varautua valtioneukisääntelyn soveltumisen poissulkemiseen solmiessaan sidosyksikön kanssa sopimusta. Ennakoivana toimenpiteenä tutkielmassa on tuotu esiin hankintayksiköiden mahdollisuus selvittää sopimuskokonaisuuden markkinahinta benchmarkingin avulla ennen sopimuksen solmimista. Benchmarkingilla voidaan varmistaa tai ainakin pyrkiä varmistamaan, ettei sopimus muodosta kiellettyä valtioneukia. Valtioneukisääntelyn soveltumisen ehkäisemiseksi sidosyksikkö voi myös pidättäytyä täysin ulosmyynnistä, mikä osaltaan varmistaa sen, ettei sidosyksikön toimintaa tulkita markkinatoiminnaksi.

Hankintayksikön ohjaus on merkittävässä asemassa myös sidosyksikön ulosmyynnin hinnoittelussa. Sidosyksikön ulosmyynnissä noudatettavan hinnoittelun poikkeaminen markkinaehtoisesta hinnoittelusta on merkittävin kilpailua vääristävä tekijä sidosyksiköiden ja muiden markkinatoimijoiden välillä. Sidosyksiköiden mahdollisesti harjoittamaan ristisubventointiin ja ei-markkinaehtoiseen hinnoitteluun puuttumista hidastaa tällä hetkellä kuitenkin KKV:lle asetettu velvollisuus neuvotella kilpailuneutraliteettia vaarantavan menettelyn poistamisesta. Ristisubventoinnin havaitsemisesta ja siihen puuttumista hidastavat lisäksi

³⁴¹ Kuusniemi-Laine – Simon-Bellamy 2017, s. 115–116.

ristisubventoinnin havaitsemiseksi tarvittavien tilinpäätöstietojen vaikea saatavuus. Kilpailuneutraliteettivalvonnan nopeuttamiseksi ja helpottamiseksi on kuitenkin parhaillaan viireillä kilpailulain osittainen uudistaminen, mikä toteutuessaan velvoittaisi sidosyksiköt pitämään kaksinkertaista kirjanpitoa toiminnastaan. Lakimuutoksen lisäksi KKV:n riittävästä resursoinnista tulisi huolehtia uskottavan kilpailuneutraliteetin valvonnan mahdollistamiseksi.

Oikeuskirjallisuudessa ja unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä esiin tuodut sidosyksiköiden ulosmyynnistä mahdollisesti aiheutuvat kielteiset vaikutukset kilpailuneutraliteettiin on huomioitu 1.1.2017 voimaantulleessa hankintalaissa kattavasti. Hankintalain säätelyratkaisuiden todellinen vaikutus ja seuraukset alkavat kuitenkin toden teolla näkyä hieman viiveellä, koska hankintalain siirtymäsäännösten mukaiset tiukemmat ulosmyyntirajat astuivat voimaan muita kuin sosiaali- ja terveystalouden alaa koskevin osin vasta 1.1.2019. Aika näyttää kuinka hankintayksiköt ovat pystyneet varautumaan tiukan ulosmyyntirajan asettamiin vaatimuksiin, joista voi seurata tarvetta toiminnan mittavaan uudelleen organisointiin sidosyksikköpoikkeuksen hyödyntämisen jatkamiseksi.