

IN HOUSE -SÄÄNTELYSTÄ JA SYISTÄ SIDOSYKSIKÖKEHITYKSEN TAUSTALLA

Päivitetty versio 9/2024

Kirsi-Maria Halonen

Kilpailu- ja kuluttajaviraston Katsauksia 4/2024

In House -sääntelystä ja syistä sidosyksikkökehityksen taustalla

Kirsi-Maria Halonen

Julkaisija

Kilpailu- ja kuluttajavirasto

Puhelinvaihte: 029 505 3000 (pvm/mpm)

Sähköposti: kirjaamo@kkv.fi

Julkaisut: <https://www.kkv.fi/tutkimus-ja-vaikuttaminen/julkaisut/>

ISSN 2814-6794

ISBN 978-952-6684-51-2

SISÄLLYS

1	JOHDANTO	5
2	SIDOSYKSIKÖITÄ KOSKEVAN SÄÄNTELYN KEHITYS	6
2.1	Vuoden 1994 hankintalaki.....	6
2.2	Vuoden 2007 hankintalain kokonaisuudistus ja 2004/18/EY hankintadirektiivin voimaan saattaminen	6
2.3	Vuoden 2017 hankintalain kokonaisuudistus ja 2014/24/EU hankintadirektiivin täytäntöönpano: voimassa oleva sidosyksikkösäätely	7
3	MUUN SIDOSYKSIKÖIHIN LIITTYVÄN SÄÄNTELYN KEHITYS	12
3.1	Yhteishankintayksikkösäätely.....	12
3.2	Kilpailuneutraliteettisäätely: kilpailulaki, kuntalaki ja hyvinvointialuelaki	15
3.3	Sarastia-päätöksen (MaO 154/2024) mahdolliset vaikutukset	17
4	SIDOSYKSIKKÖYHTIÖIDEN SYNTYMISEN TAUSTOISTA	19
5	TULEVAISUUDEN VAIHTOEHTOJA?	23

1 JOHDANTO

Tässä selvityksessä tarkastellaan sidosyksiköitä koskevan sääntelyn taustoja, kehitystä ja sen mahdollisia vaikutuksia sidosyksiköiden määrään. Sidosyksiköjä koskevan sääntelyn lisäksi tarkastellaan yhteishankintayksiköihin kohdistuvia sääntöjä ja sivutaan myös kunta- ja hyvinvointialuelakiin sisältyvää yhtiöittämisvaatimusta. Sääntelyn kehityskulun arvioinnin tarkoituksena on tarkastella syitä siihen, miksi Suomessa käydään paljon tällä hetkellä kiivasta in house -yhtiöitä tai usean omistajan in house -yhtiöitä koskevaa keskustelua. Lisäksi arvioidaan tuoreen markkinaoikeuden 154/24 ratkaisun vaikutuksia, ja sitä, mitä vaihtoehtoja sidosyksiköitä koskevan sääntelyn kehittämiseen on.

Ennen varsinaista selvitystä on todettava, että julkisen sektorin palvelurakenteita koskevat kysymykset ovat ensisijaisesti luonteeltaan talouspoliittisia – eivät juridisia. Lainsäädäntö asettaa tietyt raamit toiminnalle, mutta päätös siitä, millä tavoin (jos lainkaan) in house -sektorin toimintaa tulisi rajoittaa EU-sääntelyn asettamien reunaehtojen lisäksi, on poliittinen.

Tämän selvityksen tavoitteena on keskittyä tarkastelemaan in house -markkinan ja etenkin sitä koskevan sääntelyn taustoja ja kehityskulkua. Sidosyksikkökentän ja sen sääntelyn kehityksestä ei ole Suomessa tehty vastaavaa selvitystä ja teemasta on ylipäätään saatavilla varsin vähän tutkittua tietoa. Tämän asiantuntijaselvityksen tavoitteena on näin ollen palvella hankintalakiä uudistavan työryhmän työskentelyä, mutta myös edistää yhteiskunnallista keskustelua aiheesta laajemminkin.¹

1 Selvityksen on laatinut Lapin yliopiston julkisen talousoikeuden professori, dosentti, OTT Kirsi-Maria Halonen, jolla on kokemusta julkisista hankinnoista ja niiden sääntelystä 20 vuoden ajalta. Asiantuntijaselvitys edustaa sen laatineen tutkijan tulkintoja sidosyksikkökentän ja eri sääntelyvaiheiden vaikutuksesta nykytilaan. Tulkinnoista on myös käyty keskustelua kilpailu- ja kuluttajaviraston kanssa.

2 SIDOSYKSIKÖITÄ KOSKEVAN SÄÄNTELYN KEHITYS

2.1 Vuoden 1994 hankintalaki

Suomen ensimmäinen kansallinen hankintalaki (1505/1992) tuli voimaan 1.1.1994, mutta se ei sisältänyt sidosyksiköitä koskevia sääntöjä. Tämä ei kuitenkaan tarkoittanut sitä, ettei hankintoja erilaisilta hankintayksikköön liittyviltä tai tämän määräysvallassa olevilta yksiköiltä tehty myös ensimmäisen hankintalain aikana. Tuolloin oikeusohjeet perustuivat yksinomaan EU-tuomioistuimen (EUT) oikeuskäytäntöön. Sidosyksikkösääntelyn alkusysäyksenä pidetään vuonna 1999 annettua *Teckal*-ratkaisua (C-107/98), jossa EUT muodosti kriteerit hankintalainsäädännön ulkopuolelle jäävälle hankinnalle, joka perustui hankintayksikön ja tämän määräysvallassa olevan yksikön väliseen suhteeseen.² *Teckal*-ratkaisun jälkeen EUT antoi muitakin sidossuhteen edellytyksiä täsmentäviä ratkaisuja.³ Myös Suomessa tehtiin sidosyksikköhankintoja ensimmäisen hankintalain voimassa ollessa ja niitä jouduttiin käsittelemään kansallisessa oikeuskäytännössä.⁴ Tuolloin oikeustila aiheutti epätietoisuutta hankintayksiköissä ja ohjeistusta pyydettiin myös suoraan Euroopan komissiolta.⁵

2.2 Vuoden 2007 hankintalain kokonaisuudistus ja 2004/18/EY hankintadirektiivin voimaan saattaminen

Hankintalain ensimmäinen suuri kokonaisuudistus tehtiin 1.6.2007 voimaan tulleella hankintalailla. Sillä saatettiin voimaan 2004/18/EY hankintadirektiivi. Huolimatta EUT:n kasvavasta oikeuskäytännöstä sidosyksikköhankintojen saralla, EU-lainsäätäjä ei vielä katsonut tarpeelliseksi kodifioida oikeuskäytäntöä osaksi hankintadirektiiviä. Sen sijaan kansallinen lainsäätäjä piti tärkeänä sidosyksikkösääntöjen sisällyttämisen osaksi hankintalakia. Esitöiden mukaan sääntelyn puute aiheutti epävarmuutta haitaten tarkoituksenmukaistenkin palvelutuotantoa koskevien yhteistyö- ja yhtiöjärjestelyjen ja muiden rakenteellisten ratkaisujen tekemistä.⁶

Vuoden 2007 hankintalain 10 §:ssä säädettiin ensimmäistä kertaa sidosyksikköhankinnoista.

Esitöiden mukaan sääntely ei koske hankintayksikön oikeushenkilön sisäisiä sopimuksia, koska samaan oikeushenkilöön kuuluvien yksiköiden välisiä toimeksiantoja ei katsota kahden muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen oikeushenkilön väliseksi sopimuksiksi. Näin ollen yksittäisen kunnan sisäiset toimeksiannot virastolta tai liikelaitokselta toiselle tai valtion sisällä tapahtuvat toimeksiannot eivät kuulu hankintalain soveltamisalaan eikä näitä koske myöskään kahden erillisen organisaation välisiä sopi-

2 Asia C-107/98, *Teckal*, EU:C:1999:562.

3 Esim. C- 94/99 *ARGE*, EU:C:2000:677, C-26/03 *Stadt Halle*, EU:C:2005:5; C-84/03 komissio vs. Espanja, EU:C:2005:14.

4 KHO 30.11.2004 T 3048.

5 Ks. aiheesta HE 50/2006 vp. s. 63, jossa kerrotaan pääkaupunkiseudun kuntien pyytäneen komission ohjeistusta sallituista yhteistoiminnan muodoista eri julkisen sektorin organisaatioiden välillä.

6 HE 50/2006 vp. s. 16.

muksia koskeva sidosyksikkösäätely.⁷ Hankintalain 10 §:ssä asetettiin sidossuhteelle EUT:n oikeuskäytännön nojalla kolme vaatimusta: 1) muodollinen erillisuus ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö (erillisuus); 2) jota hankintayksikkö valvoo yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa, kuten omia toimipaikkojaan (määräysvalta); ja 3) jonka toiminta kohdistuu valtaosin sen omistajiin (toiminnan kohdistuminen ja ulosmyynnin rajoitus). Sen aikainen muotoilu mukaili EUT:n oikeuskäytäntöä ja käsitti myös usean hankintayksikön omistamat sidosyksiköt, mutta ei sisältänyt vielä sääntelyä in house sisters -järjestelystä tai käänteisestä sidosyksikköhankinnasta.⁸

2.3 Vuoden 2017 hankintalain kokonaisuudistus ja 2014/24/EU hankintadirektiivin täytäntöönpano: voimassa oleva sidosyksikkösäätely

EUT:n in house -oikeuskäytäntö kodifioitiin osaksi 2014/24/EU hankintadirektiiviä. Artikla 12 koskee sekä sidosyksikköhankintoja että hankintayksiköiden välistä horisontaalista yhteistyötä. Hankintadirektiivin voimaan saattamisen vuoksi myös vuodesta 2007 voimassa ollut kansallisen hankintalain sidosyksikkösäätelyä jouduttiin muuttamaan. Erona kansalliseen vuoden 2007 sääntelyyn, hankintadirektiivin 12 artikla täsmentää erityisesti tosiasiallisen tai ratkaisevan määräysvallan kriteeristöä⁹ ja toiminnan kohdentumista koskevaa vaatimusta (20 %:n ulosmyyntiosuus) ja toi uutena muun muassa yksityisen omistuksen kiellon¹⁰, in house sisters -mallin ja käänteisen sidosyksikköhankinnan.¹¹ Uusi

7 HE 50/2006 vp. s. 61–62. Näin myös HE 108/2016 vp. s. 100–101.

8 Vanhan hankintalain (348/2007) 10 §:n mukaan "[t]ätä lakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on."

9 Artiklan 12 1. kohdassa todetaan "[h]ankintaviranomaisen katsotaan käyttävän oikeushenkilöissä samanlaista määräysvaltaa kuin omissa yksiköissään ensimmäisen alakohdan a alakohdassa tarkoitettulla tavalla, jos se käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa määräysvallan alaisen oikeushenkilön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Tällaista määräysvaltaa voi käyttää myös toinen oikeushenkilö, joka on samalla tavoin hankintaviranomaisen määräysvallassa." Edelleen usean omistajan sidosyksiköiden osalta määräysvallan osalta todetaan seuraavaa 12 artiklan 3. kohdassa "[s]ovellettaessa ensimmäisen alakohdan a alakohtaa hankintaviranomaisen katsotaan käyttävän yhteistä määräysvaltaa oikeushenkilössä, jos kaikki seuraavat edellytykset täyttyvät:

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

10 Yksityisen omistuksen kiello sisältyi jo EUT:n C-26/03 Stadt Halle ratkaisuun ja se toki oli tunnistettu jo esitöiden perusteluissa HE 50/2006 vp., mutta tätä koskevaa nimenomaista säännöstä ei ollut vuoden 2007 hankintalaissa.

11 Hankintalain 15.6 §:n mukaisesti käänteisellä sidosyksikköhankinnalla ja in house sisters -mallilla tarkoitetaan hankintoja, joissa sidosyksikkö tekee hankinnan siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä tai saman hankintayksikön määräysvallassa olevalta toiselta sidosyksiköltä.

hankintadirektiivin sidosyksikkösääntely saatettiin voimaan hankintalain 15 §:llä. Tämän lisäksi kansallisesti säädettiin hankintadirektiivistä poikkeavasti sidosyksiköiden ulosmyynnistä eli myynnistä muille kuin tässä määräysvaltaa käyttäville hankintayksiköille.

Sidosyksikköhankinnoista säädetään voimassa olevan hankintalain 15 §:ssä seuraavasti:

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

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

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

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

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

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

2014/24/EU hankintadirektiivin voimaan saattaminen osoittautui Suomessa poliittisesti hyvin vaikeaksi ja hankintalain voimaan saattaminen viivästyi – direktiivi olisi tullut saattaa voimaan huhtikuuhun 2016 mennessä, mutta se tuli voimaan tammikuussa 2017. Hankintalain uudistamista valmisteleva ryhmä nimettiin hyvissä ajoin jo ennen direktiivin hyväksymistä joulukuussa 2013. Aikaisesta aloituksesta huolimatta uusi hankintalaki tuli voimaan vasta kolme vuotta myöhemmin. Hallituksen esityksen muotoon laadittu,

poikkeuksellisen laaja, 500 sivuinen työryhmämietintö julkaistiin toukokuussa 2015.¹² Työryhmän mietinnön jälkeen kaikilla kiinnostuneilla osapuolilla ja yksilöillä oli mahdollisuus kommentoida luonnosta ja toimittaa lausunto työ- ja elinkeinoministeriölle kesän 2015 aikana. Huhtikuussa 2015 käytyjen eduskuntavaalien johdosta hallitus ja julkisten hankintojen vastuuministeri vaihtuivat. Työryhmän raportin pohjalta järjestetyn yleisen kuulemisen jälkeen kaikki odottivat hallituksen lopullisen lainsäädäntöesityksen jättämistä muutamassa kuukaudessa, mutta tätä ei tapahtunut ennen kuin vuotta myöhemmin kesäkuussa 2016.

Erityiseksi ongelmaksi lainsäädäntöprosessin aikana muodostui sidosyksiköiden ulosmyyntiosuus, joka hankintadirektiivin mukaan voi olla 20 %. Ulosmyyntiosuudesta kiisteltiin jo työryhmätyöskentelyn aikana ja työryhmän käsittelyssä oli lukuisia eri vaihtoehtoja 0–20 %:n väliltä. Lopulta työryhmä päätyi esittämään 10 %:n ulosmyyntirajaa, mutta lukuisat työryhmän jäsenet jättivät tämän osalta eriävän mielipiteensä.¹³ Työryhmässä osa oli sitä mieltä, ettei direktiivin tasosta (20 %) tulisi poiketa ja osa oli sitä mieltä, ettei sidosyksiköiden tulisi voida myydä markkinoille lainkaan (0 %). Keskusteluun vaikutti merkittävästi 1.9.2013 voimaan tullut kilpailulain 4a luku, jossa säädettiin julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan kilpailuneutraliteetista. TEM:n hallitusneuvos korosti, että ulosmyynnin salliminen olisi kilpailuneutraliteettisäätelyn kanssa ristiriidassa. Kansallinen kilpailuneutraliteettisäätely ei salli ulosmyyntiä, ellei jokin kilpailulain 30b §:n poikkeuksista tule kyseeseen esimerkiksi markkinapuutteen vuoksi.¹⁴ Lopulta työryhmä päätyi 10 %:n kompromissiehdotukseen.¹⁵

Hankintasäntöjen valmisteluvaihe oli melko epätavanomainen. Elokuun 2015 ja kesäkuun 2016 välisenä aikana työ- ja elinkeinoministeriö ei antanut mitään tietoa lainsäädäntömenettelyn etenemisestä eikä viivästyksen syistä. Eri tilaisuuksissa ministeriön virkamiehet toistuvasti ilmoittivat, ettei heillä ollut lupaa keskustella valmistelun tilanteesta, ja että kaikki tähän liittyvät tiedot olivat luottamuksellisia.¹⁶ Kesäkuun loppuun 2016 asti levisi ainoastaan huhuja siitä, mitä tapahtui lainsäädäntöprosessissa ja vaikutti siltä, että vain tietyt eturyhmät ja sidosryhmät kutsuttiin keskustelemaan asioista suljettujen ovien takana. Jälkeenpäin arvioituna vaikuttaa siltä, ettei ongelmana ollut työryhmän 2015 valmisteleva lainsäädäntöehdotus, vaan enemmänkin kyse oli poliittisesta valtakamppailusta. Alkuperäiseen työryhmän laatimaan ehdotukseen tehtiin lopulta merkittäviä muutoksia sidosyksikkösäätelyn osalta, mutta sidosryhmille ei annettu tietoa muutos-

12 Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö, Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja, Kilpailukyky 37/2015 (TEM 2015).
http://julkaisut.valtioneuvosto.fi/bitstream/handle/10024/74981/TEMjul_37_2015_web_13052015.pdf?sequence=1 (käyty 1.4.2024)

13 Näin tekivät mm. valtiovarainministeriö (20 %), TEM, joka katsoi, ettei mikään ulosmyyntiraja ole välttämättä linjassa kilpailulain kilpailuneutraliteettisäätelyn kanssa, EK ja SY (0 %); Kuntaliitto (20 %)

14 Ks. TEM 2015, s. 628.

15 TEM 2015, s. 110.

16 Kirsi-Maria Halonen, Hankintadirektiivien kansallisen täytäntöönpanon viivästyminen, Liikejuridiikka 2/2016 115–124, s. 117.

ten luonteesta tai mahdollisuutta kommentoida näitä muutoksia ennen hallituksen esityksen antamista eduskunnalle.¹⁷

Yli vuosi työryhmätyöskentelyn päättymisen jälkeen radiohiljaisuus päättyi ja HE 108/2016 annettiin. Sen sisältö oli yllätys kaikille sidosryhmille ja ulosmyyntiraja oli kiristynyt merkittävästi aiemmin esitetystä 10 %:n rajasta. Esitöissä perusteltiin voimassa olevan hankintalain 15 §:n ulosmyyntirajaa (500 000 € ja 5 %) seuraavasti:

"kansallisesti sidosyksikön vähäistä suuremman muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuvan myynnin on katsottu olevan ongelmallista hankintalainsäädännön ja kilpailuoikeuden kilpailun vääristämisen estämistä koskevien tavoitteiden näkökulmasta. Sidosyksiköt voisivat vähäistä suuremman tällaisen myynnin kautta vääristää kilpailua markkinoilla muiden toimittajien kanssa hyödyntämällä määräysvaltaa käyttäviltä hankintayksiköiltä kilpailuttamatta saatuja ja sidosyksikölle edullisia hankintasopimuksia. Suurikokoisen sidosyksikön liiketoiminnasta muutamankin prosentin sallittu muihin kuin määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin suuntautuva myynti voi tarkoittaa käytännössä sitä, että yksiköllä voisi olla miljoonien eurojen liiketoimintaa muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa. Tämän vuoksi ehdotetun 1 momentin mukaan sidosyksikkö saisi harjoittaa liiketoiminnastaan enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden muiden kuin siihen määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden kanssa."¹⁸

Voimassa olevaan hankintalakiin sisältyvä, hankintadirektiivistä merkittävästi poikennut sääntelyratkaisu ulosmyynnin osalta herätti kiivasta keskustelua valiokuntakuulemisissa. Hallituksen esityksen sidosyksikkösäätelyä kritisoitiin monella eri tavoin. Sitä pidettiin poikkeuksellisenä EU-sääntelyn kiristämisenä, sen katsottiin muodostavan uhan huoltovarmuudelle ja aiheuttavan merkittäviä ongelmia tiettyjen toimialojen näkökulmasta (jätehuolto ja sote-palvelut). Lisäksi ratkaisun katsottiin kaventavan perustuslailla säädettyä kunnallista itsehallintoa. Monilta osin nämä argumentit muistuttavat keskustelua, jota nyt kahdeksan vuotta myöhemmin myös käydään. Tuolloin hallituksen esityksessä omaksuttu tiukka ulosmyyntirajoitus tuli voimaan, mutta valiokuntakuulemisissa esitettyjen näkemysten nojalla säädettiin erityinen siirtymäsäännös joustavammista ulosmyyntirajoista jätehuoltosektorille esitykseen jo alun perin sisältyneen sote-sektorin lisäksi.¹⁹ Esitystä tarkasteltiin myös perustuslakivaliokunnassa, joka otti kantaa kunnalliseen itsehallintoon sidosyksikkösäätelyn ulosmyyntirajoituksen osalta. Lausunnossaan PeVL 49/2016 perustuslakivaliokunta totesi, että sääntelyllä on vaikutusta kunnalliseen itsehallintoon, mutta se ei merkitse kuitenkaan niin olennaista puuttumista itsehallinnon ominaispiirteisiin, että se olisi ristiriidassa perustuslain kanssa.²⁰

Huolimatta merkittävästä ulosmyynnin rajoittamisesta hankintalain sidosyksikkösäätelyssä, vastaavaa muutosta ei tehty erityisalojen hankintalakiin. Esitöiden perustelujen mukaan hankintalaista poiketen erityisaloilla sidosyksikön sallitun ulosmyynnin osuus olisi korkeampi ja direktiivin mukainen 20 % sidosyksikön liiketoiminnasta. Säännöksellä

17 Tämä käy ilmi useista valiokunnille annetuista lausunnoista, ks. esim. Suomen Kuntaliiton lausunto talousvaliokunnalle 16.11.2016
<https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/JulkaisuMetatieto/Documents/EDK-2016-AK-90647.pdf>

18 HE 108/2016 vp. s. 101.

19 TaVM 31/2016 vp., s. 8–9 ja 21.

20 PeVL 49/2016 vp., s. 6.

pyritään luomaan joustavuutta erityisalatoimijoiden hankintoihin sekä tekemään erityisalojen erilaiset, niin kutsutut in house -järjestelyt (sidosyksikkö, sidosyritys ja yhteisyritys) toistensa kanssa yhdenmukaisiksi.²¹

Ulosmyyntirajojen merkittävä kiristäminen on todennäköisesti osaltaan vaikuttanut sidosyksikkömarkkinan kehitykseen. Kun vuoden 2017 hankintalain voimaantulosta lähtien sidosyksiköt eivät ole voineet myydä kuin vähäisissä määrin muille kuin omistajilleen, on liiketoiminnan kasvua tai joustoa ylikapasiteetin myyntiin saatettu hakea omistajapohjaa kasvattamalla. Jotkin sidosyksiköt ovat myös vuosien saatossa markkinoineet hankintayksiköille varsin aktiivisesti mahdollisuutta päästä ostamaan heidän palveluitaan ja välttämään kilpailutusvelvoite muutama osake ostamalla.

21 HE 108/2016 vp. s. 262.

3 MUUN SIDOSYKSIKÖIHIN LIITTYVÄN SÄÄNTELYN KEHITYS

3.1 Yhteishankintayksikkösäätely

Suomessa on ollut yhteishankintoja ja keskitettyjä hankintatoimintoja jo yli 80 vuoden ajan. Suomen ensimmäinen valtion hankintakeskus, nykyisen Hansel Oy:n edeltäjä, perustettiin vuonna 1941. Se muuttui osakeyhtiöksi nimeltä Kauppatalo Hansel Oy vuonna 1995 ja nykyaikaiseksi Hansel Oy:ksi vuonna 2003. Vuosina 1941–1994 valtion hankintakeskus palveli koko julkista sektoria, joka oli velvollinen hankkimaan tietyt tavarat siitä. Ennen Hansel Oy:n perustamista vuonna 2003 valtion hankintakeskus ja Kauppatalo Hansel toimivat tavaroiden tukkumyyjinä. Valtion hankintakeskus ei ollut ainoa laatuaan: keskitettyjä hankintatehtäviä ja keskuksia on toiminut kunnallisella tasolla jo vuosikymmenien ajan.²²

Ensimmäisen hankintalain 1505/1992 5 §:ssä mainittiin yhteishankinnat toteamalla, että tarjouskilpailua ei kuitenkaan tarvitse järjestää yhteishankinnassa, kun hankinta tehdään sellaiselta hankintayksiköltä, joka on noudattanut tämän lain säännöksiä hankinnan tekemisestä. Hankintayksikön, joka antaa hankinnan toisen tehtäväksi, on asetettava ehdoksi, että hankinnan tekijä noudattaa, mitä tässä laissa säädetään. Tuolloin hankintadirektiiveissä ei vielä ollut sääntelyä yhteishankinnoista, vaan yhteishankintayksikön määritelmä ja yhteishankintoja koskeva sääntely lisättiin vasta 2004/18/EY direktiiviin. Direktiivin perusteluosiossa todettiin, että yhteishankintakäytäntöjä on käytössä useissa jäsenvaltioissa ja siksi sääntely oli tärkeää lisätä osaksi myös direktiiviä.²³

Hankintadirektiivi 2004/18/EY saatettiin voimaan vuoden 2007 hankintalailla ja lakiin lisättiin yhteishankintayksikön määritelmä ja oma säännös hankinnoista yhteishankintayksiköltä. Hankintadirektiivin yhteishankintayksikön määritelmän mukaan "yhteishankintaviranomaisella" tarkoitetaan hankintaviranomaista, joka hankkii hankintaviranomaisille tarkoitettuja tavaroita ja/tai palveluja, tai tekee julkisia hankintoja koskevia sopimuksia sekä hankintaviranomaisille tarkoitettuja rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja koskevia puitejärjestelyjä. Määritelmä sisältää näin ollen vaatimuksen siitä, että yhteishankintayksikkö täyttää hankintayksikön – käytännössä useimmiten julkisoikeudellisen laitoksen – määritelmän. Muita vaatimuksia hankintadirektiivi ei asettanut. Tästä huolimatta vuoden 2007 hankintalaissa lisättiin yhteishankintayksikön määritelmään kaksi kansallista alkuperää olevaa lisävaatimusta: 1) yksikkö on nimenomaisesti perustettu yhteishankintatehtäviä varten ja 2) se tuottaa yhteishankintapalveluita pääosin omistajilleen.²⁴ Lainsäätäjän mukaan näiden lisäedellytysten tarkoituksena on suitsia yhteishankintayksiköiden toiminnasta aiheutuvia mahdollisia haitallisia vaikutuksia kilpailuun ja

22 Hansel, '70 vuotta tiedote', <https://www.sttinfo.fi/tiedote/hansel-oy-tayttaa-70-vuotta?publisherId=1842&releasId=51300> (käyty 2.4.2024).

23 Ks. johdanto (15) hankintadirektiivi 2004/17/EY. Yhteishankintoja tehtiin useissa Euroopan maissa mm. Suomessa, Tanskassa, Espanjassa, Ruotsissa ja Ranskassa jo ennen sääntelyn lisäämistä direktiiveihin, ks. Mario Comba & Carina Risvig Hamer, EU Perspective on CPBs, in Risvig Hamer & Comba (eds.), *Centralising Procurement*, Edward Elgar Publishing 2021, 9–20, 9–10.

24 Ks. Kauppa- ja teollisuusministeriö: Julkisista hankinnoista annetun lain kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän muistio 15.11.2004. KTM Julkaisuja 36/2004, s. 122–123 ja HE 50/2006 vp. s. 64.

markkinoihin.²⁵ Osittain tavoitteena oli varmaankin myös tuoda yhteishankintayksiköiden toiminta mahdollisimman lähelle hankintayksikön ja julkisoikeudellisen laitoksen määritelmää, jossa edellytetään, että yksikkö on perustettu yleisen edun mukaisia tehtäviä varten ja se toimii ilman teollista ja kaupallista luonnetta. Toisen vaatimuksen eli omistajuusvaatimuksen osalta todetaan lakimuutosta valmistelleen työryhmän vuoden 2004 muistiossa seuraavaa:

"Määritelmään ehdotetaan lisättäväksi myös edellytys, jonka mukaan yhteishankintayksikön tulee harjoittaa pääosaa sen toiminnasta sen omistavien hankintayksiköiden kanssa. Yhteishankintayksikköjä ja sidosyksikköjä koskevat edellytykset vastaavat pitkälti toisiaan ja ehdotuksella pyritään saattamaan yhteishankintayksikköjä koskeva sääntely sopusointuun sidoshankintoja koskevan 8 §:n kanssa, jotta lainsäädäntö olisi neutraali näiden luonteeltaan erilaisten järjestelyjen suhteen. Lisäksi sama yksikkö voi toimia molemmissa rooleissa, jolloin toiminnan kohdistumista koskevat erilaiset vaatimukset aiheuttaisivat muuten tulkintaongelmia.

Sidosyksikön tulisi 8 §:n määritelmän mukaan harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien hankintayksiköiden kanssa. Yhteishankintayksikön määritelmään ehdotetaan lisättäväksi vastaava edellytys, joka rajoittaisi yhteishankintayksikön toiminnan tapahtuvaksi pääasiallisesti suhteessa sen omistajiin. Koska yhteishankintayksiköltä voidaan tehdä hankintoja kilpailuttamatta, on tarkoituksenmukaista, ettei yhteishankintayksikkö voisi toimia suuressa määrin markkinoilla."²⁶

Vuoden 2007 hankintalakiä voidaan näin ollen pitää käännekohtana sille, miksi yhteishankintayksiköiden ja sidosyksiköiden kriteerit ja toimintakenttä sekoittuivat. Tällä sääntelyllä on todennäköisesti ollut myös vaikutusta siihen, miksi monissa sidosyksiköissä on ollut vallalla käsitys siitä, että omistajuus yksikössä riittää siihen, että hankintoja voidaan tehdä tältä kilpailuttamatta.

Hankintalain seuraavassa kokonaisuudistuksessa yhteishankintasääntöjä uudistettiin jälleen 2014/24/EU hankintadirektiivin voimaan saattamisen yhteydessä. Tuolloin muun muassa lakiin lisättiin kansainvälistä yhteishankintaa ja yhteishankintayksikön ja sitä käyttävän hankintayksikön välistä vastuunjakoa koskevat säännökset. Yhteishankintapalveluiden lisäksi yhteishankintayksiköt saivat uuden määritelmän mukaan tuottaa myös muita hankinnan tukitoimintoja.²⁷ Lisäksi direktiivi mahdollisti yhteishankintayksikön käyttövelvoitteesta säätämisen, mutta tätä ei Suomessa tehty. Käyttövelvoitteesta fiettyjen hankintayksiköiden ja fiettyjen Hansel Oy:n sopimusten osalta on säädetty valtion talousarviolain (423/1988) 22 a §:ssä ja siihen perustuvissa säännöksissä.

25 KTM 2004, s. 122.

26 KTM 2004, s. 122.

27 2014/24/EU 2 artiklan (16) mukaan yhteishankintayksiköllä tarkoitetaan hankintaviranomaista, joka tarjoaa yhteishankintatoimintoja ja mahdollisesti hankintojen tukitoimintoja. Saman artiklan (15) kohdan mukaan hankintojen tukitoiminnoilla tarkoitetaan toimintoja, joilla tuetaan hankintatoimintoja erityisesti seuraavin tavoin:

a) tekninen infrastruktuuri, jota käyttämällä hankintaviranomaiset voivat tehdä rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja koskevia hankintasopimuksia tai puitejärjestelyjä; b) hankintamenettelyjen kulkuun tai suunnitteluun liittyvä neuvonta; c) hankintamenettelyjen valmistelu ja hallinnointi asianomaisen hankintaviranomaisen nimissä ja puolesta

Vaikka sääntely yhteishankintayksikön määritelmän osalta ei olennaisesti muuttunut, käsiteltiin vuoden 2017 hankintalain esitöissä edelleen yhteishankintayksiköihin liitettyjä, kansallista alkuperää olevia kriteerejä toiminnan luonteesta ja toiminnan kohdistumisesta omistajiin. Hallituksen esityksessä 108/2016 todetaan seuraavaa:

"Hankintadirektiivi ei edellytä yhteishankintayksikön toiminnan kohdistumista omistajiin eikä myöskään sitä, että yhteishankintayksikön tulisi olla perustettu nimenomaan yhteishankintatoimintoihin tai että niiden hoitamisesta tulisi olla säädetty tai määrätty. Näiltä osin tarkoituksena on säätää kansallisista yhteishankintayksiköihin liittyvistä lisäedellytyksistä, jotka vastaavat voimassa olevassa lainsäädännössä säädettyä. Yhteishankintayksiköiden toimintaan liittyy etuja, kuten keskittämisen tarkoittama ostovolyymien kokoaminen ja siihen liittyvät hankintojen yhtenäistämisen ja ostoetujen hyödyt sekä osaamisen keskittäminen ja ammattimaisuus. **Toiminnan kohdistuminen omistajiin edistäisi tavoitteita omistajien sitoutumisesta yhteishankintayksiköiden käyttöön sekä yhteishankintayksiköiden toiminnan pitkäjänteisestä kehittämistä.**

Yhteishankintayksikön toiminnan tulisi kohdistua sen suoraan tai välillisesti omistaviin hankintayksiköihin taikka yksiköihin, joiden oikeudesta käyttää yhteishankintayksikköä on erikseen säädetty. Yhteishankintayksikkö on yleensä itsenäinen oikeushenkilö. Osakeyhtiönä toimivan yhteishankintayksikön omistajia ovat yhtiön osakkeiden omistajat. Myös välillinen omistus olisi mahdollista. Tällöin toiminta voisi kohdistua niihin hankintayksiköihin, jotka suoraan tai välillisesti omistavat yhteishankintayksikön. **Tällöin toiminta voisi kohdistua niihin hankintayksiköihin, jotka suoraan tai välillisesti omistavat yhteishankintayksikön.** Jos yhteishankintayksikkö on yhdistys, omistajiksi katsottaisiin yhdistyksen jäsenet taikka jäsenjärjestöt. Kysymykseen tulee myös toiminnan harjoittaminen esimerkiksi kuntayhtymänä tai osuuskuntana, jolloin omistajiksi voidaan katsoa kuntayhtymän tai osuuskunnan jäsenet. n...Välillinen omistus mahdollistaa hankintatoimen järjestämisen myös konsernin sisällä. Konsernin sisällä yhteishankintayksikkönä voi toimia esimerkiksi yksi tytäryhteisöistä tai emoyhteisö.

Voimassa olevan lainsäädännön mukaisesti yhteishankintayksikkö voisi olla myös lakiehdotuksen 15 §:ssä tarkoitettu sidosyksikkö. Hankintayksiköiden on mahdollista tehdä sidosyksiköltä 15 §:n mukaisesti hankintoja ilman kilpailuttamista, jos sidosyksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. **Jotta lainsäädäntö olisi neutraali näiden erilaisten järjestelyjen suhteen ja jotta tulkintaongelmia ei syntyisi, myös yhteishankintayksiköiden toiminnan edellyttäisiin kohdistuvan sen omistajiin. Tarkoituksena ei kuitenkaan olisi ulottaa sidosyksiköitä koskevia unionin oikeuden tulkintoja esimerkiksi määräysvallasta sellaisenaan yhteishankintayksikön määritelmään.**"²⁸ (lihavointi lisätty kirjoittajan toimesta)

Voimassa olevan hankintalain esitöiden valossa on selvää, ettei lainsäätäjät ole tarkoittanut yhteishankintayksikköpoikkeuksen ja sidosyksikköpoikkeuksen rinnastamista toisiinsa: yhteishankintayksikköomistajuusvaatimuksen täyttymiseen riittää omistajuus, kun taas sidosyksiköiltä vaadittava tosiasiallisen määräysvallan vaatimus on korkeammalla. Vaikka tämä todetaan esitöiden tasolla, on todennäköisesti käytännön toiminnassa näiden kahden erot hämärtyneet, kun samat yksiköt ovat toimineet sekä yhteishankintayksikköinä että in house -yksikköinä, minkä myös lainsäätäjät toteaa olevan mahdollista. Näitä niin sanottuja tuplatoimintoja ja niihin kohdistuvia erilaisia vaatimuksia lainsäädännön tasolla on tarkasteltu myös oikeuskäytännössä. Markkinaoikeuden MaO 339/19

28 HE 108/2016 vp. s. 79–80.

ratkaisussa todettiin, että vaikka sinällään välillisen omistuksen kautta yhteishankintayksikköasema tapauksessa täyttyi, ei tämä mahdollistanut tilausajopalvelun välitystoiminnan myyntiä kunnalle, koska sidossuhteen edellytykset eivät täyttyneet eikä sidosyksikköpoikkeusta voitu soveltaa tapaukseen.

Vaikka lainsäätäjän tavoitteena oli tehdä lainsäädännöstä neutraalia tilanteessa, jossa sama yksikkö toimii sekä yhteishankintayksikkönä että sidosyksikkönä, on valittu lainsäädäntöratkaisu voinut osaltaan vaikuttaa kansalliseen in house -markkinan kehittymiseen. Esimerkiksi Sarastia Oy:n taustalla on toiminta yhteishankintayksikkönä, minkä lisäksi yhtiöiden palveluihin on kuulunut myös muita ns. tuotantopalveluita (in house -toiminta).²⁹ Yhteishankinnan omistajuusvaatimuksesta säätämällä lainsäätäjän tarkoituksena lienee olleen pyrkimys välttää epäselvyyksiä sidosyksikköaseman ja ulosmyynnin osalta. Jos yhteishankintatoiminto olisi ollut sallittua ilman omistajuusvaatimusta EU-lainsäädännön tarkoittamalla tavalla, olisi yksikön asiakkaissa todennäköisesti ollut paljon myös muita kuin sen omistajia. Tällöin yhteishankintatoiminnosta syntyvä liikevaihto olisi näyttäytynyt ulosmyyntinä eikä sen erottaminen sidosyksikkötuotannosta kirjanpidollisesti olisi välttämättä ollut helppoa. Ratkaisua voidaan sinällään pitää perusteltuna, mutta ongelmia syntyi siitä huolimatta, kun julkisella sektorilla syntyi käsitys siitä, että neutraaliuden nimissä myös sidosyksikköedellytykset täytyvät silloin, kun yhteishankintayksikön asiakkuusvaatimus täyttyy. Siksi voidaankin jälkikäteen todeta, että yhteishankintayksikkötoimintaan liittyvä omistajuusvaatimus on todennäköisesti ollut yksi niistä syistä, miksi meille on syntynyt osittain vääristynyt käsitys sidosyksiköiden kriteeristöistä.

3.2 Kilpailuneutraliteettisäätely: kilpailulaki, kuntalaki ja hyvinvointialuelaki

Julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan neutraaliuden vaatimuksesta säädetään kilpailulain (948/2011) 4a luvussa. Kilpailuneutraliteettia koskevat säännöt tulivat voimaan vuoden 2013 vuoden lopulla. Uudella säätelyllä oli vaikutusta myös viimeisimmässä hankintalain kokonaisuudistuksessa sidosyksiköiden ulosmyyntiosuutta rajoittavien sääntöjen taustalla. Kilpailuneutraliteetilla tarkoitetaan julkisen ja yksityisen elinkeinotoiminnan yhtäläisiä toimintaedellytyksiä markkinoilla. Säännösten voimaantuloon vaikutti valtion liikelaitos Destiaa koskenut komission ratkaisu ja Helsingin kaupungin Palmiasta tehty kantelu, joissa liikelaitosmallista johtuvien vero- ja konkurssisuojaetujen katsottiin johtavan yksityisen ja julkisen sektorin elinkeinotoiminnan eriarvoisuuteen.³⁰

Kilpailulain kilpailuneutraliteettisäännöt edellyttävät sellaisten julkisen sektorin toimintatapojen tai rakenteiden poistamista, joilla on vaikutusta kilpailun toteutumiseen markkinoilla tai joka on vastoin markkinaperusteisen hinnoittelun vaatimusta. Näistä vaatimuksista voidaan tietystä julkiseen etuun liittyvistä painavista syistä poiketa lain 30 b §:n

29 Sarastia Oy:n taustalla on muun muassa yhteishankintapalveluita tuottanut KuntaPro, joka yhdistyi Kunnan taloushallinnon palveluita tuottaneeseen Kunnan Taitoa Oy:een vuonna 2019.

30 Destia C7/2006 ent. Tieliikelaitos ja Palmia SA.30679 (E 2/2010) Finland.

mukaan.³¹ Lisäksi kilpailulakiin lisättiin vuonna 2021 vaatimus kirjanpidon eriyttämisestä (30 d §), jos julkinen sektori harjoittaa toimintaa kilpailutilanteessa markkinoilla.

Yhtäläisten kilpailuolosuhteiden puuttuminen on johtanut rakennemuutoksiin sekä valtio-että kuntasektorilla. Destia päätöksen seurauksena valtio yhtiöitti liikelaitoksensa Senaatti-kiinteistöjä lukuun ottamatta ja kuntalakiin (410/2015) sisällytettiin uusi luku "kuntien toiminta markkinoilla". Sittemmin hyvinvointialueiden käynnistettyä toimintansa kuntalakea vastaava sääntely lisättiin myös hyvinvointialuelakiin (611/2021).

Kuntalain yhtiöittämisvelvollisuutta koskeva sääntely tuli voimaan 2013 (626/2013) ja siirtymäaika yhtiöittämiselle päättyi vuoden 2014 lopussa. Uusi kuntalaki (410/2015) laajensi ja täsmensi sääntelyä edelleen ja kokosi säännöt 15 lukuun. Kuntalain 126 §:n mukaan kuntien on yhtiötettävä kilpailutilanteessa markkinoilla harjoitettava toimintansa, jotta erilaisiin taloudellisiin etuuksiin tai verohyötyihin liittyneet neutraliteettiongelmat voidaan minimoida. Kuntalain 127 §:ssä säädetään poikkeusperusteista yhtiöittämisvelvollisuuteen. Kilpailutilanteessa markkinoilla tapahtuvan toiminnan hinnoittelun on 128 §:n mukaan oltava markkinaehtoista.³² Vastaava sääntely sisältyy hyvinvointialuelain (611/2021) 15 lukuun.

Vielä 2015 ja 2017 vuosina tehdyissä selvityksissä kilpailu- ja kuluttajavirasto arvioi, että kunnissa ja kuntayhtymissä on useita markkinoille kohdistuvia toimintoja, joita ei ole yhtiötetty yhtiöittämisvelvollisuudesta huolimatta.³³ Viimeisin arviointi on tehty vuonna 2022 kilpailu- ja kuluttajaviraston toimesta. Sen mukaan edelleen kunnissa ja kuntayhtymissä on merkittäviä haasteita kilpailuneutraliteettisääntöjen soveltamisessa. Raportin mukaan tutkimustulokset "antavat viitteitä siitä, että merkittävässä osassa kuntia ja kuntayhtymiä ei ole huomioitu kuntalain yhtiöittämisvelvollisuutta koskevia säännöksiä. Kunnilla ja kuntayhtymillä voidaan myös todeta olleen puutteita kuntalain yhtiöittämissääntösten tuntemuksessa".³⁴ Raportissa myös havaittiin merkittäviä puutteita vuonna 2021 voimaan tulleen kirjanpidon eriyttämisvelvollisuutta koskevan vaatimuksen

31 30 b §:n mukaan mitä 30 a §:ssä säädetään, ei sovelleta, jos menettely tai toiminnan rakenne seuraa välittömästi lainsäädännöstä taikka jos soveltaminen estäisi merkittävän kansalaisten hyvinvointiin, turvallisuuteen tai muuhun sellaiseen yleiseen etuun liittyvän tehtävän hoitamisen.

Markkinaperusteisesta hinnoittelusta ks. tarkemmin kilpailu- ja kuluttajaviraston suuntaviivat 2022, saatavilla osoitteesta: <https://www.kkv.fi/kilpailuasiat/suuntaviivat-kilpailulain-soveltamisesta/suuntaviivat-markkinaperusteisesta-hinnoittelusta-kaytannon-arviointiperiaatteet/> (käyty 2.4.2024)

32 Kuntalain esitöissä kiinnitetään lähinnä huomiota yksinomaan taloudellisten etuuksien neutraaliuteen, ks. HE 268/2014 vp. s. 229 jonka mukaan yhtiöittämisvelvoitteesta voidaan poiketa tietyissä poikkeustilanteissa, kunhan tällöin hinnoittelu on markkinaperusteista.

33 Kilpailu- ja kuluttajavirasto 17.12.2015 Muistio Dnro 140/KKV14.00.40/2015, saatavilla osoitteesta: <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2022/01/2015-12-17-muistio-yhtiöittämisvelvollisuuden-noudattaminen.pdf> (käyty 3.4.2024) ja kilpailu- ja kuluttajavirasto 4.1.2017 Muistio Dnro 153/14.00.40/2016, saatavissa osoitteesta: <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2022/01/2017-01-04-muistio-kuntayhtymaselvitys.pdf> (käyty 3.4.2024).

34 Tea Jansson & Teemu Karttunen, Kuntien ja kuntayhtymien toiminta kilpailutilanteessa markkinoilla, Kilpailu- ja kuluttajaviraston Katsauksia 1/2022, s. 40–41. saatavilla osoitteesta: <https://www.kkv.fi/ajankohtaista/tiedotteet/kuntasektorilla-puutteita-kilpailuneutraliteettisaannosten-omaksumisessa/> (käyty 2.4.2024)

noudattamisessa.³⁵ Toisaalta kunnissa on todennäköisesti yhtiöitetty sellaisiakin toimintoja, joita olisi voitu jatkaa liikelaitosmuodossa, koska nämä eivät suuntaudu markkinoille.

Yhtiöittämisvelvollisuuden laiminlyönnillä on merkitystä myös yhtiöittämättömän toiminnon mahdollisuuksiin osallistua tarjouskilpailuihin. Ratkaisussa KHO 2021:191 korkein hallinto-oikeus totesi hankintayksiköillä olevan velvollisuus varmistaa, ettei sen tarjouskilpailuihin osallistu julkisen sektorin toimijoita, jotka ovat laiminlyöneet yhtiöittämisvelvollisuuden.

3.3 Sarastia-päätöksen (MaO 154/2024) mahdolliset vaikutukset

15.3.2024 markkinaoikeus antoi ensimmäisen ratkaisun Sarastiaa koskevissa asioissa. Kilpailu- ja kuluttajaviraston teki vuonna 2023 kaksi Sarastiaa ja hyvinvointialueiden hankintoja koskevaa seuraamusesitystä markkinaoikeuteen. Toinen Varsinais-Suomen hyvinvointialuetta koskeva asia on vielä vireillä. Markkinaoikeuden päätöksestä on valittu korkeimpaan hallinto-oikeuteen eikä ratkaisu ole näin ollen lainvoimainen. Kun asiaan sisältyy seuraamusmaksuesitys, ei korkeimman oikeuden käsittely edellytä valituslupaa ja näin ollen ratkaisua voidaan odottaa noin vuoden kuluttua.

Ratkaisussaan markkinaoikeus tarkastelee sidossuhteen täyttymistä useasta eri näkökulmasta ja perustelee ratkaisuaan EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntöön nojautuen. Keskiössä on tosiasiallista määräysvaltaa koskevan vaatimuksen täytyminen hyvinvointialueen ja Sarastian välillä. Tätä tarkastellessaan markkinaoikeus ottaa kantaa osakeomistuksen merkitykseen, hyvinvointialueen mahdollisuuksiin osallistua yhtiön päätöksentekoon eri hallintoelinten kautta (hallitus, hallituksen nimitysvaliokunta ja neuvottelukunta) sekä muiden yhtiöoikeudellisten instrumenttien (yhtiöjärjestys ja osakassopimus) kautta. Ratkaisua voidaan pitää poikkeuksellisen huolellisesti perusteltuna ja siinä otetaan huomioon keskeinen EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö.

Markkinaoikeus toteaa (MaO 154/24), että "vaikka kaikkia edellä kuvattuja vaikutusmahdollisuuksia arvioitaisiin yhdessä kokonaisuutena, hankintayksikön eli siis Vantaan ja Keravan hyvinvointialueen ei voida arvioida käyttävän yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa sellaista todellista määräysvaltaa Sarastia Oy:öön, että yhtiötä olisi pidettävä hankintayksikön sidosyksikkönä. Nyt kyseessä olevassa asiassa Sarastia Oy:n nimitysvaliokunnalle tai neuvottelukunnalle ei voida katsoa annetun aiemmin mainitussa unionin tuomioistuimen asiassa C-573/07 antaman ratkaisun 81–85 kohdassa kuvatun laajuista määräys- tai päätöksentekovaltaa taikka toisaalta yhtiön yhtiökokouksen tai hallituksen päätösvaltaa rajoitetun kyseisessä ratkaisussa todetussa laajuudessa. Asiassa esitetyn selvityksen perusteella hankintayksikkö ei ole myöskään tosiasiallisella toiminnallaan Sarastia Oy:n osakkeenomistajana osoittanut käyttävänsä yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa sellaista määräysvaltaa Sarastia Oy:ssä, että edellä hankintayksikön määräysvallan käyttöön osallistumisesta todettua olisi syytä arvioida toisin."

Jos Sarastia-ratkaisu jää lainvoimaiseksi, on sillä merkittäviä vaikutuksia useita omistajia omaaviin in house -yhtiöihin. Ensinnäkin, jokaisen hankintayksikön on tarkastettava sidosyksikköomistuksiaan kriittisesti ja arvioitava sidossuhteen täyttymistä yhtiön

35 Ibid.

asiakirjojen valossa. Jos hankintayksiköllä ei ole mahdollisuuksia tosiasiallisesti vaikuttaa yhtiön päätöksentekoon, on tällaiselta yhtiöltä tehtävät ostot (lainvastaisia) suorahankintoja, jolle tulisi löytyä jokin toinen hankintalain suorahankintaperuste. Toiseksi, jokaisen useasta omistajasta muodostuvan in house -yhtiön on tarkasteltava omistajarakennettaan ja näiden mahdollisuuksia vaikuttaa yhtiön päätöksentekoon. Jos sidossuhde ei täyty yhden tai useamman omistajan osalta, on pohdittava, minkälaisia rakenteellisia muutoksia yhtiöön tulisi tehdä, jotta hankintalainsäädännön vaatimukset voidaan täyttää. Muutostarpeita voi ilmetä myös pienemmän omistajapoolin omaavissa sidosyksiköissä, jos omistajilla ei ole mahdollisuutta vaikuttaa yhtiön päätöksentekoon.

Korkeimman hallinto-oikeuden tulevalla päätöksellä on todennäköisesti merkittäviä vaikutuksia suomalaiseen in house -sektoriin. Toistaiseksi keskustelussa on lähinnä ollut kysymys yksittäisten pienomistajien hankintojen kohtalosta tulevaisuudessa. Sarastia-ratkaisuun liittyy kuitenkin paljon suurempi kysymys, jota markkinaoikeus ei yksittäistä hankintayksikköä ja tämän sidosyksikköhankintaa koskevassa ratkaisussaan ymmärrettävästi tarkastellut. Sarastia-ratkaisulla voi nimittäin olla vaikutuksia paitsi Sarastiaan, myös lukuisten muiden in house -yhtiöiden asemaan mahdollisen ulosmyyntiosuuksien ylittymisen johdosta, jos korkein hallinto-oikeus katsoo, ettei tosiasiallisen määräysvallan kriteeri täyty. Hankintadirektiivin 12 artiklan ja hankintalain 15 §:n toiminnan kohdistumista koskevassa vaatimuksessa edellytetään sidosyksikön toiminnan kohdistuvan niihin hankintayksiköihin, joiden määräysvallassa se on. Säännöksissä määräysvallalla ei tarkoiteta, mitä tahansa omistusta yhtiössä, vaan sellaista määräysvaltaa, jolla hankintayksikkö voi yksin tai yhdessä vaikuttaa sidosyksikön päätöksentekoon. Jos sidossuhde ei yksittäisen omistajan tai omistajien osalta täyty, arvioidaan tällaisen omistajan tekemät hankinnat osaksi "muuta aktiviteettia" eli osaksi ulosmyyntiä. Kun taas ulosmyyntisääntely on meillä varsin tiukkaa (500 000 € ja 5 %) ja tämän täyttymistä arvioidaan edellisten kolmen tilikauden perusteella, voi jo yhden omistajan osalta sidossuhteen puuttuminen johtaa ulosmyyntiosuuden ylittymiseen ja sen seurauksena sidosyksikköstatuksen menettämiseen kokonaisuudessaan. Kun ulosmyynnin ylittymistä arvioidaan taannehtivien myyntien perusteella, olisi sidosyksikköstatuksen menettäneellä yhtiöllä vaihtoehtona jatkaa lähinnä yhteishankintapoikkeuksen turvin, siirtää in house -tuotanto uuteen yhtiöön tai mahdollisesti järjestellä yhtiön omistus- ja määräysvaltarakenteen osalta uudelleen lain vaatimukset täyttäväksi.³⁶

36 Hankintadirektiivin 12 artiklan 5 kohdan mukaan [...] jos asianomaisen sidosyksikön tai hankintayksikön perustamisajankohdan tai toiminnan aloittamisen ajankohdan tai toiminnan uudelleenjärjestämisen vuoksi liikevaihtoa tai vaihtoehtoista toimintaan perustuvaa määrää kuten kustannuksia ei ole joko saatavilla kolmelta edeltävältä vuodelta tai niillä ei ole enää merkitystä, riittää, että toiminnan mittausta osoitetaan esittämällä tietoja tulevasta liiketoiminnasta. Tähän viitataan myös HE 108/2016 vp. s. 102.

4 SIDOSYKSIKÖYHTIÖIDEN SYNTYMISEN TAUSTOISTA

Miksi sitten sidosyksiköistä on muodostunut juuri Suomessa niin laaja ilmiö ja poliittisesti herkkä aihe? Kysymykseen siitä, miksi meillä on paljon sidosyksiköitä, on vaikea vastata, koska jokaisen sidosyksikön tausta ja tarina on erilainen. Hallitusohjelmakirjausten ja tämän selvityksen näkökulmasta kiinnostavampi kysymys tosin saattaa olla se, miksi meillä on paljon usean omistajan – kymmenien tai jopa satojen omistajien sidosyksiköitä? Tähänkään kysymykseen ei kuitenkaan voida antaa tyhjentävää vastausta, vaan syitä on useita. Viimeisen 20–30 vuoden aikana julkishallinnossa vallalla olleet trendit ja tapahtumat ovat osaltaan kuitenkin vauhdittaneet markkinan kehitystä ja seuraavassa pyritään avaamaan joitain näitä kehityskulkuja.

1990-luvulla kuntien vastuulle siirtyi enenevässä määrin erilaisia palveluvastuita. Lama-vuodet ja lisääntyvät tehtävät loivat painetta tehostaa julkisten palvelujen tuotannon tapoja.

Ensimmäisessä aallossa vuonna 1994 valtion hankintakeskus muuttui Hansel Oy:ksi. Esitöiden mukaan muutoksen taustalla vaikutti liiketaloudelliset kehitystarpeet ja toimintaympäristön muutos. Tuon hetken hallitus oli ohjelmassaan asettanut 90-luvun tavoitteeksi julkisen hallinnon tuloksellisuuden ja tuottavuuden parantamisen. Hanselin yhtiöittämisellä tavoiteltiin toiminnan tehostamista ja monipuolistamista ja luoda mahdollisuudet uusien liiketoimintamallien kehittämiseen.³⁷

Uuden julkisjohtamisen mallit (New Public Management) rantautuivat Suomeen valtio- ja kuntasektorille 1990- ja 2000-luvulla. Käytännössä tämä tarkoitti muun muassa sitä, että yksityisen sektorin johtamisen malleja tuotiin julkisen sektorin toimintaan ja julkisessa palvelutuotannossa siirryttiin markkinasuuntautuneeseen toimintatapaan.³⁸ Niiltäkin osin, kun palvelutuotantoa pidettiin omana tuotantona, ryhdyttiin toimintoja organisoimaan enenevässä määrin itsenäisiin budjettisyksiköihin (liikelaitokset) ja eriyttämään tilaaja- ja tuottajaorganisaatio toisistaan (tilaaja-tuottajamalli). Tilaaja-tuottajamallin ja markkinasuuntautuneen toimintatavan käyttöönotto ei kuitenkaan välttämättä tarkoittanut markkinoilta kilpailuttamista, vaan monesti oman toiminnan organisoimista tehokkaammaksi ja ”markkinasuuntautuneemmaksi”. Itse asiassa jotkin tilaaja-tuottajamallin käyttöön ottaneet tahot saattoivat jopa kieltää avointen markkinoiden hyödyntämisen palveluiden tuottamiseen.³⁹ Tällöin tehokkuutta haettiin erityisesti julkisen sektorin omaa tuotantoa tehostamalla muun muassa liikelaitosmuotoisten budjettisyksiköiden kautta, jotka toimivat ansaintaperiaatteella: toiminnan tuotoilla on katettava toiminnan kulut. Valtion liikelaitoslaki hyväksyttiin 1987 ja liikelaitokset yleistyivät myös kuntasektorilla nope-

37 HE 203/1994 vp. s. 3.

38 Aihetta on laajasti tarkasteltu väitöskirjassaan Kirsi Lähdesmäki, *New Public Management ja julkisen sektorin uudistaminen: tutkimus tehokkuusperiaatteista, julkisesta yrittäjyydestä ja tulosvastuusta sekä niiden määrittelemistä valtion keskushallinnon reformeista 1980-luvun lopulta 2000-luvun alkuun*. Vaasan yliopisto, Vaasa 2003.

Ks. myös Olavi Kallio, Juha-Pekka Martikainen, Pentti Meklin, Tuija Rajala & Jari Tammi, *Kaupungit tilaajina ja tuottajina. Kokemuksia ja näkemyksiä Jyväskylän, Tampereen ja Turun toimintamallien uudistushankkeista*. Tampere 2006, s. 12–14.

39 Ks. tilaaja-tuottajamallia koskevasta tutkimuksesta esimerkiksi Pekka Valkama, *Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalveluiden näennäismarkkinoilla*, Tampere 2004, s. 33–35, saatavilla osoitteessa: <https://core.ac.uk/reader/250110290> (käyty 2.4.2024).

asti valtion esimerkin ohjaamana. Julkisen sektorin liikelaitostamiskehityksen tavoitteena on ollut parantaa julkisen palvelutuotannon laatua ja kilpailukykyä, korostaa liiketaloudellisia periaatteita ja tehostaa julkista palvelutuotantoa.⁴⁰ Tehokkuuteen pyrittiin myös keskittämisen ja alueellisen yhteistyön kautta. 2000–2011 vuosina perustettiin lukuisia alueellisia yhteishankintayksiköitä ja ICT-yhtiöitä.⁴¹ Näin ollen julkisen sektorin rakenteen muuttuminen on ollut osa julkishallinnon tehostamiskehitystä, joka on jatkunut 90-luvulta lähtien.

Julkisen sektorin toimintakenttä sen markkinasuuntautuneiden liiketoimintamuotojen osalta koki muutoksen 2000-luvulla EU-oikeuden valtioneuvoston päätösten välityksellä. Komissio katsoi vuonna 2006 antamassaan Destia liikelaitosta koskeneessa ratkaisussaan, että liikelaitoksen viranomaisasemasta johtuvat veroedut ja konkurssisuoja muodostivat kielletyn valtiontuen, joka väärin kilpailua markkinoilla Destian myydessä palveluitaan muille kuin valtioasiakkaille. Samoihin aikoihin komissio käynnisti myös Helsingin kaupungin Palmia liikelaitoksen osalta vastaavan valtioneuvoston päätöksen. Tämän seurauksena valtio yhtiöitti liikelaitoksensa ja kuntalakiin lisättiin sääntely kunnan toiminnasta kilpailutilanteissa markkinoilla, joka edellyttää toiminnan yhtiöittämistä ja markkinaehtoista hinnoittelua. Kuntalain yhtiöittämisvelvollisuutta koskeva sääntely tuli voimaan 2013 ja siirtymäaika yhtiöittämiselle päättyi vuoden 2014 lopussa. Uusi kuntalaki (410/2015) laajensi ja täsmensi sääntelyä edelleen ja kokosi säännöt 15 lukuun. Yhtiöittämisvelvollisuuden sisällyttäminen kuntalakiin lisäsi kuntayhtiöiden määrää, joka tuplaantui vuodesta 2007 (1063) vuoteen 2017 (2163).⁴² Vuonna 2022 kuntayhtiöitä oli 2545.⁴³ Yhtiöittämisvelvollisuus on lisännyt yhtiöiden määrää selvästi, mutta edelleen säännösten noudattamisessa on kilpailu- ja kuluttajaviraston mukaan parantamisen varaa. Sen mukaan sellaisia toimintoja, joita ei olisi tarvinnut yhtiöittää, on yhtiöitetty ja toisaalta edelleen markkinatilanteessa harjoitetaan toimintaa viranomaismuodossa, vaikka se olisi tullut yhtiöittää.⁴⁴ Yhtiöittämiskehitykseen on osaltaan voinut myös vaikuttaa halu parantaa kunnan tasetta siirtämällä sitä rasittavia tiettyjä toimintoja ja kiinteää omaisuutta erilliseen oikeushenkilöön eli yhtiöön.

Sidosyksiköiden määrän kasvuun ja erityisesti useiden omistajien sidosyksiköiden taustalla vaikuttaa monesti julkisen sektorin vähäiset resurssit. Julkisten hankintojen kilpailuttamista pidetään usein työläänä, hallinnollista taakkaa aiheuttavana prosessina.⁴⁵ Mahdollisuus

40 Ks. Lähdesmäki 2003, s. 168–173.

41 Näitä olivat muun muassa Kuntien Tiera Oy (2010), KuntaPro Oy (2010), Kuntien hankintapalvelut Oy (2011), KL-Kuntahankinnat Oy (2007), IS-hankinta Oy (2010), Kunnan Taitoa Oy (2011), lähde: yritystietopalvelu ytj.fi

42 Kirsi Happonen, Liikelaitoskuntayhtymästä osakeyhtiöksi, Opinnäytetyö Savonia Ammattikorkeakoulu 2019, s. 25 saatavissa osoitteessa: https://www.theseus.fi/bitstream/handle/10024/168249/Happonen_Kirsi.pdf?sequence=2&isAllowed=y (käyty 3.4.2024), ja jossa kirjoittaja viittaa tilastokeskuksen tilastoon vuosilta 2007-2017 (Tilastokeskus, yritykset toimialoittain ja omistajatyypin mukaan 2007-2017). Kyseistä tilastoa ei enää ole saatavilla tilastokeskuksen internet-sivuilta.

43 Tilastokeskus, yritykset toimialoittain ja omistajatyypin mukaan 2022.

44 Jansson & Karttunen, Kilpailu- ja kuluttajaviraston Katsauksia 1/2022, s. 40–41

45 Hallinnolliseen taakkaan viitataan lukuisissa julkisiin hankintoihin lakiehdotuksissa, ks. aiheesta tarkemmin Kirsi-Maria Halonen, Näkökulmia julkisten hankintojen tehokkuuteen, Lakimies 7–8/2021, 1113–1135, s. 1115 alaviite 11; Julkisen sektorin toimijat viittaavat hankintaan usein myös "tempururana".

jättää tietyt hankinnat kilpailuttamatta ja hankkia palvelu kilpailutetun toimittajan sijaan sidosyksikköpoikkeuksen turvin suoraan in house -yhtiöltä on houkutteleva mahdollisuus siirtää tietyt toiminnot oman organisaation ulkopuolelle. Sidosyksiköiden osakkeiden hankinnassa ei vaikuta aina olevan taustalla strategiset syyt, vaan viime vuosina juuri mahdollisuutta tehdä hankinta kilpailuttamatta on korostettu useiden hankintayksiköiden sidosyksiköiden osakeostoja koskevissa perusteluissa.⁴⁶

Vuoden 2017 hankintalain kokonaisuudistus, jota on jo tarkemmin käsitelty edellä, asetti sidosyksiköiden ulosmyynnille merkittäviä kiristyksiä hankintadirektiivin edellyttämään ja myös alkuperäisen työryhmäehdotuksen ehdottamaan tasoon nähden. Tämä muutti merkittävästi julkisyhteisöjen omistamien yhtiöiden toimintakenttää eikä enää mahdollistanut ylikapasiteetin myyntiä tai liiketoiminnan kasvattamista ulosmyynnin kautta. On todennäköistä, että tämä liiketaloudellinen kasvupaine purkaantui toisaalle – omistajapohjan laajentamiseen sidosyksiköissä. Kun ulosmyynti ei enää ollut vaihtoehto, hankittiin sidosyksiköihin lisää uusia omistajia. Ulosmyyntisäännösten kiristäminen on todennäköisesti osaltaan vaikuttanut erityisesti sidosyksiköiden omistajapohjan ja usean omistajan sidosyksiköiden määrän kasvuun.

Vuosi 2019 oli puolestaan suurten yhteishankintayksiköiden fuusioaikaa, kun KL-Kuntahankinnat Oy ja Hansel Oy yhdistyivät koko julkisen sektorin yhteishankintayksiköksi.⁴⁷ Samana vuonna Kuntapro sulautui Kunnan Taitoa Oy:hyn ja nimi muutettiin Sarastiaksi.⁴⁸ Edelleen yhteishankintayksikkö- ja sidosyksikkökentällä tapahtui muutoksia, kun vuoden 2023 alusta hyvinvointialueet aloittivat toimintansa ja tämän yhteydessä ne hankkivat osuuksia useista olemassa olevista yhtiöistä.

Sidosyksikkösääntelyä ja -markkinaa koskevassa tarkastelussa arvioidaan usein myös sitä, miten muut jäsenvaltiot toimivat. Tämä voi auttaa arvioimaan kansallisia sääntelyratkaisuja tai syitä sille, miksi kehityssuunta on ollut tietynlainen. Ulosmyyntiosuutta on Suomen lisäksi rajoittanut vain Puola (10 %).⁴⁹ Sidosyksiköiden käyttöä on rajoitettu erilaisilla sääntelytavoilla ainakin Espanjassa, Italiassa ja Liettuassa.⁵⁰ Lisäksi Italiassa on kielletty

46 Ks. esimerkiksi Helsingin kaupunginhallituksen konsernijaoston päätös Sarastian osakkeiden hankinnasta 26.10.2020, jossa todetaan "Helsingin kaupunginhallitus päättää Sarastia Oy:n osakkeiden merkitsemisestä HR-järjestelmän sidosyksikköhankinnan mahdollistamiseksi" <https://paatokset.hel.fi/fi/asia/hel-2020-009425/7194efac-06ca-47ac-b429-74e81333f5c0> (käyty 3.4.2024) tai Länsi-Uudenmaan hyvinvointialueen osakkeiden hankinta Kuntien Tiera Oy:stä, pöytäkirja 1.10.2021, jossa todetaan, ettei "hyvinvointialueen toimeenpanoon varattu runsaan vuoden aika mahdollista isojen hankintalain mukaisten kilpailutusten tekemistä" <https://espoo.oncloudos.com/cgi/DREQUEST.PHP?page=meetingitem&id=2021453-3> (käyty 3.4.2024).

47 <https://www.hansel.fi/uutiset/julkisten-hankintojen-palvelut-yhteen-yhtioon> (käyty 2.4.2024)

48 <https://kuntalehti.fi/uutiset/talous/kuntapro-ja-kunnan-taitoa-yhdistyvat-sarastia-aloittaa-huhtikuun-aluksella/> (käyty 3.4.2024)

49 Kirsi-Maria Halonen, The Attempt to Create Flexibility and Minimum Regulation—Transposition of Directive 2014/24 in Finland, *Public Procurement Law Review* 28 (5) 2019, 213-227, 218 alaviite 23.

50 Liettuan perustuslakituomioistuin totesi hiljattain antamassaan päätöksessä, että in house hankinta on mahdollinen, jos markkinatoimijoita ei ole: in house -hankinta voidaan tehdä vain siinä tapauksessa, että se on ainoa tapa järjestää palvelut eikä julkisena hankintana toteutettava kilpailutus ole mahdollinen. Ratkaisu 5.5.2022 No. KT54-N5/2022:,,Ruling in the

hankkimasta sellaisia omistuksia sidosyksiköistä, jotka eivät johda tosiasialliseen määräysvaltaan.⁵¹ Vuonna 2023 EK julkaisi vertailevan katsauksen in house -markkina-alueen Ruotsissa, Norjassa, Tanskassa, Liettuassa ja Itävallassa. Sen johtopäätöksenä todettiin suomalaisen in house -markkinan olevan omanlaisensa verrokkimaihinkin verrattuna.⁵² Eri maiden sidosyksikkömarkkinoiden vertailu on kuitenkin jossain määrin vaikeaa, koska niiden toimintaan vaikuttaa merkittävässä määrin muu yhtiöihin kohdistuva sääntely ja se, miten maassa on julkiset tehtävät määritetty ja julkinen palvelutuotanto järjestetty. Esimerkiksi Ruotsissa julkisyhteisöjen määräysvallassa olevien yhtiöiden toimialaa on rajoitettu yleishyödyllisiin palveluihin eivätkä yhtiöt saa toimia voitontuottamistarkoituksessa.⁵³ Näin ollen Ruotsissa julkisyhteisöt eivät lähtökohtaisesti voi harjoittaa kilpailuille markkinoille suuntautuvaa toimintaa, vaikka käytännössä tätä tapahtuu.⁵⁴ Tässä tapauksessa kuitenkin Ruotsin kilpailulaki myös mahdollistaa kansallista kilpailuneutraaliteettilainsäädäntöämme järeämmät puuttumiskeinot: kilpailua vääristävä toiminta voidaan kieltää.⁵⁵

Edellä kuvatun mukaisesti voidaan todeta, että sidosyksikkömarkkinan kehitys on meillä Suomessa todennäköisesti ollut seurausta useasta eri syystä: yleisestä julkisen sektorin tehostamispyrkimyksestä, julkisen sektorin rantautumisesta kilpailuille markkinoille, EU:n valtioneuvoston päätösten vaikutuksesta, sidosyksikkölainsäädännön kehityksestä, yhtiöiden liiketoiminnallisista ja aluepoliittisista tavoitteista ja ehkä etenkin se on seurausta kilpailuttamiseen liittyvän hallinnollisen taakan välttämiseen liittyvistä syistä.

compliance of article 10(2)(2) of the Law on Public Procurement of the Republic of Lithuania (wording of 20 December 2019) with the Constitution of the Republic of Lithuania".

Espanjassa Art. 86, Law 40/2015 ja Italiassa Art. 192, decreto legislativo 50/2016 – codice dei contratti pubblici.

51 Ks. C-89/19 Rieco, EU:C:2020:87.

52 EK 2023, Kuntayhtiöt ilmionä Euroopassa, saatavilla osoitteessa: https://ek.fi/wp-content/uploads/2023/08/EK_Kuntayhtiöt-ilmiona-Euroopassa_raportti_08_2023.pdf (käyty 2.4.2024)

53 Kommunallag (2017:725), 2. kap. 7 §.

54 Konkurrensverket, Tio år med bestämmelser om konkurrensbegränsande offentlig säljverksamhet – Kommuners säljverksamhet i fokus, rapport 2020:2, saatavilla osoitteesta: <https://www.konkurrensverket.se/informationsmaterial/rapportlista/tio-ar-med-bestammelser-om-konkurrensbegransande-offentlig-saljverksamhet--kommuners-saljverksamhet-i-fokus/> (käyty 2.4.2024).

55 Konkurrenslag (2008:579), 3. kap. 27 §.

5 TULEVAISUUDEN VAIHTOEHTOJA?

Pääministeri Petteri Orpon hallitusohjelmassa tehtiin lukuisia julkisiin hankintoihin kohdistuvia kirjauksia, jotka valtaosin perustuvat aiemmin valtiovarainministeriön meno- ja rakennekartoituksen yhteydessä julkaistuun taustaselvitykseen julkisten hankintojen säästökeinoista sääntelyä kehittämällä.⁵⁶ Tähän taustaselvitykseen pohjautuu hallitusohjelman sidosyksikkökirjaus "[t]iukennetaan lainsäädäntöä siten, että sidosyksikkö-hankintoja voidaan tehdä vain silloin, kun ne ovat kokonaistaloudellisesti edullisempia kuin markkinoilla toimivat vaihtoehdot tai kun tähän on muu erityisen painava julkinen intressi." Sen sijaan hallitusohjelmaan sisältyvän 10 %:n omistusrajoituskirjauksen taustalla on Kokoomuksen Reilumman kilpailun Suomi -ohjelma.⁵⁷

Näiden kahden kirjauksen lisäksi hallitusohjelmassa pyritään keskittymään erityisesti in house -toiminnan karsimiseen toimialoilla, joissa on toimivat markkinat, kuten siivous-, taloushallinto-, ruoka- ja ICT-palvelut. Lisäksi hallitusohjelmassa asetetaan tavoitteeksi ulosmyyntirajojen yhtenäistäminen 500 000 € ja 5 %:n rajoihin eli todennäköisesti pyritään poistamaan pienten sidosyksiköiden 20 %:n ulosmyyntiraja ja mahdollisuus avoimuus-ilmoituksella laajentaa perusmuotoista ulosmyyntirajaa 10 %:in ilman euromääräistä enimmäismäärää. Näiden lisäksi hallitusohjelmassa pyritään yhteishankintojen lisäämiseen.⁵⁸

Sidosyksikkösääntelyn kehittäminen ja siinä tehtävät valinnat ovat ensisijaisesti poliittisia kysymyksiä. Juridisia esteitä kilpailutusvelvollisuuteen säädetyn poikkeuksen tiukentamiselle ei EU-oikeuden näkökulmasta ole. Osa jäsenvaltioista on jo nykyisellään rajoittanut sidosyksiköiden käyttöä ja näiden kansallisten ratkaisujen yhteensopivuutta EU-oikeuden kanssa on testattu ja hyväksytty.⁵⁹ EU-tuomioistuimen mukaan kyse on julkista hankintaa edeltävästä päätöksentekovaiheesta, joka ei kuulu hankintadirektiivien soveltamisalaan ja siksi tässä on laajalti kansallista liikkumavaraa. On myös esitetty, että in house -toimintojen rajoittaminen olisi perustuslain vastaista kunnallisen itsehallintoon puuttumista.⁶⁰ Perustuslakivaliokunta on tarkastellut in house -sääntelyn ja kunnallisen itsehallinnon välistä suhdetta ulosmyyntirajoituksen osalta. Valiokunta totesi lausunnossaan PeVL 49/2016, että sääntelyllä on vaikutusta kunnalliseen itsehallintoon, mutta se ei merkitse kuitenkaan niin olennaista puuttumista itsehallinnon ominaispiirteisiin, että se olisi risti-

56 Jussi Pyykkönen, Kirsi-Maria Halonen, Janne Tukiainen ja Anniina Parviainen, Selvitys julkisten hankintojen säästökeinoista, 6.3.2023, saatavilla osoitteessa: <https://vm.fi/documents/10623/150718668/Selvitys+julkisen+hankintojen+säästökeinoista.pdf/392c82c8-c382-d667-d96b-f78f234abef8/Selvitys+julkisen+hankintojen+säästökeinoista.pdf?t=1678084096339> (käyty 3.4.2024)

57 Ks. Kokoomus, Reilumman kilpailun Suomi, kohta 3. <https://www.kokoomus.fi/reilumman-kilpailun-suomi/> (käyty 2.4.2024)

58 Orpon hallitusohjelma 20.6.2023, Vahva ja välittävä Suomi, s. 103, saatavilla osoitteessa: <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/165042> (käyty 2.4.2024)

59 Ks. asiat C-285/18 Irgita, EU:C:2019:829 ja C-89/19 Rieco, EU:C:2020:87.

60 Kustos ry:n professori Petri Kuoppamäeltä tilaama asiantuntijalausunto 17.5.2023, saatavilla osoitteessa: <https://kustos.fi/professori-kuoppamaki-vaatimus-inhouse-yhtion-minimiomistuksesta-rikkoo-perustuslakia/> (käyty 13.5.2024).

riidassa perustuslain kanssa.⁶¹ Siten voi nähdäkseni olla mahdollista, että myös muista in house -toiminnan rajoituksista voitaisiin säätää perustuslain estämättä. Tämä arvio tehdään kuitenkin vasta lakiuudistuksen valiokuntakäsittelyvaiheessa ja valtiosääntö-oikeuden asiantuntijoita kuullen.

EU-oikeuden näkökulmasta in-house-mallin käyttöä voidaan rajoittaa: kansallisesti voidaan rajoittaa in-house-yksiköiden käyttöä tai edellyttää erityisiä syitä niiden käyttöön. Kansallisesti voidaan myös rajoittaa hankintayksiköiden oikeutta hankkia osuuksia sidosyksiköistä tai sitä, mille toimialoille sidosyksiköjä voidaan perustaa.⁶² Näin ollen myös 10 %:n vähimmäisomistusvaatimuksen asettaminen olisi todennäköisesti EU-oikeuden näkökulmasta mahdollista. Tältä osin on kuitenkin todettava, että vähimmäisomistusosuudesta säätäminen ei takaisi 10 %:n omistajille sidossuhteen täyttymistä, vaan edelleen hankintayksikön ja sidosyksikön välisen sidossuhteen olisi täytettävä nyky-lainsäädännön (hankintalain 15.5 §:n) ja oikeuskäytännön mukaiset vaatimukset muun muassa tosiasiallisesta määräysvallasta.⁶³ On kuitenkin syytä olettaa, että prosentuaalisen vähimmäisomistusosuuden vaatimus vähentäisi kiinnostusta in house -yhtiöitä kohtaan. Näin ollen 10 %:n vähimmäisomistusvaatimuksessa olisi kyse nyky-lainsäädäntöön nähden uudesta lisävaatimuksesta, joka vaikuttaisi usean omistajan sidosyksiköissä omistajakantaa vähentävästi. Tämä myös saattaisi käytännössä lisätä yhtiöiden määrää. Sidosyksiköiden hyödyntäminen sen sijaan on perusteltua silloin, jos markkinat epäonnistuvat palvelun tuottamisessa joko siksi, ettei markkinoilla ole toimijoita tai niitä ei sinne palvelukysynnästä huolimatta tule tarpeeksi.⁶⁴ Toisaalta joskus yleiseen etuun, esimerkiksi turvallisuuteen liittyvät painavat syyt voivat puoltaa in-house-järjestelyn käyttöä tai muuta omaa tuotantoa.

Toiseksi on syytä nostaa esiin myös mahdollisuus, että jossain poikkeustilanteissa voi syntyä tarve luoda laajan omistuspohjan omaava in house -organisaatio esimerkiksi turvallisuussyistä. Tämä ei olisi enää rajoitussäätelyn jälkeen mahdollista. Toki tällainen yksikkö voitaisiin perustaa kansallisen tason viranomaistoimintona, hankintalain 16 §:n horisontaalisen yhteistyötä koskevan poikkeuksen nojalla, jos kaikilla osallistujilla olisi yhteisiä tehtäviä tai esimerkiksi erillislailla sidosyksiköjä koskevista pääsäännöistä poiketen, jotta ongelmilta vältyttäisiin.

Sidosyksiköt ja hankintayksiköt ovat nostaneet viime aikoina esiin huolen siitä, että sidosyksikkösektorin purkaminen tai merkittävä muuttaminen vaikeuttaa julkisen sektorin toimintaa merkittävästi. Toisaalta on korostettu tarvetta sille, että esimerkiksi kaikilla hyvinvointialueilla tai julkisella sektorilla olisi yhtenäiset järjestelmät käytössään, toisaalta myös on korostettu sitä, ettei kunnissa ja hyvinvointialueilla ole tarvittavaa osaamista ja resurssia hankintojen tekemiseen tai monimutkaisten palvelukokonaisuuksien hallintaan. Nämä huolet ovat aiheellisia. Tilanne on pitkään jatkuneen kehityksen tulosta ja sen mahdollinen

61 PeVL 49/2016 vp., s. 6.

62 Ks. C-89/19 Rieco.

63 Hankintalain 15.5 §:n mukaan: Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

64 Jääskeläinen, J. (2022) Julkisten hankintojen tavoitteet ja riskit – hankintojen seuranta tulisi kehittää. KKV Policy Brief 1/2022. <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2022/03/2022-01-policybrief-julkisten-hankintojen-tavoitteet-ja-riskit.pdf> (käyty 3.4.2024)

purkaminen aiheuttaa väistämättä vaikeuksia palvelutuotannon järjestämisessä joksikin aikaa. Toisaalta moneen esille tuotuun ongelmaan on myös muita ratkaisuja. On myös tärkeää ottaa huomioon, että jos markkinaoikeuden Sarastia-päätöksen lopputulos jää lainvoimaiseksi, tulee sillä yksinomaan olemaan merkittäviä vaikutuksia sidosyksikkö-kenttään ja se voi jopa johtaa olemassa olevien in house -yhtiöiden sidosyksikköstatuksen menetykseen ulosmyyntirajojen ylittymisen johdosta. Voidaan siksi olettaa, että sidosyksikkösektori joutuu muuntautumaan lähivuosina jollain tavoin, minkä johdosta joudutaan aktiivisesti hakemaan uusia ratkaisuja julkisen sektorin palvelutuotannon tarpeisiin.

Kuten edellä on todettu, valtakunnallisia toimijoita yhteiskunnan kannalta kriittisten tehtävien suorittamiseen voidaan perustaa lailla. Toisaalta myös yhtenäiset järjestelmät esimerkiksi kaikkien hyvinvointialueiden käyttöön voitaisiin varmistaa horisontaalisella yhteistyöllä tai yhteishankinnalla ja hyvinvointialueiden sitoumuksella eri yhteistyömuotojen käyttöön. EU-lainsäädännön näkökulmasta myöskään valtakunnalliset tai satojen asiakkaiden yhteishankintayksiköt eivät ole kiellettyjä ja näin ollen tietyt taloushallinnon ja ICT-tuotannon parissa toimivat in house -yhtiöt voisivat jatkaa toimintaansa yhteishankintayksikköinä ja tarjota hankintojen kilpailutus- ja tukipalveluita niitä tarvitseville julkisyhteisöille.

Sidosyksikkösääntelyn mahdollinen kiristäminen tai markkinaoikeuden Sarastia-päätös vaikuttaa siihen osaan yhtiöiden toimintaa, jossa kyse on muusta palvelutuotannosta (kuin yhteishankintapalveluista), kuten esimerkiksi ICT-järjestelmien omasta räätälöinti-työstä tai ylläpidosta ja vaikkapa perintäpalveluista. Muutamien tai esimerkiksi kymmenen omistajan sidosyksiköissä yhtiön päätöksentekorakenne voidaan muuttaa sellaiseksi, joka täyttäisi myös EU-oikeuden määräysvaltavaatimukset. Sen sijaan useiden kymmenien tai satojen omistajin sidosyksiköiden osalta tilanne voi olla haastavampi.

Hankintalakia uudistettaessa saattaa olla tarpeen pohtia myös yhteishankintayksiköiden osalta omistajuusvaatimuksesta luopumista ja sidosyksikön ja yhteishankintayksikön erottamista toisistaan. Erityisesti EU-sääntelyn näkökulmasta näillä kahdella on paljonkin eroja: hankintayksikköstatusta⁶⁵ edellytetään vain yhteishankintayksiköiltä ja määräysvaltavaatimuksia asetetaan ainoastaan in house -toiminnan osalta. Suomessa yksi keskeisimmistä tulkintavaikeuksia ja sekavia tilanteita aiheuttaneista syistä lienee yhteishankintayksiköiden ja in house-yksiköiden ja näitä koskevan sääntelyn sekoittaminen keskenään. Tämä ilmenee monella eri tasolla. Kansallisesti yhteishankintayksikkösääntelyyn on lisätty niin sanottu asiakkuusomistajuus-vaatimus. Yhteishankintayksiköt voivat meillä tuottaa yhteishankintapalveluita ja muita hankinnan tukipalveluita ainoastaan omistajiensa käyttöön. Vaikka esitöissä korostetaan, ettei tällä omistajuusvaatimuksella tarkoiteta samaa kuin in house -yhtiöiden määräysvaltavaatimus, on käytännössä todennäköisesti yhtiöiden ja näiden asiakkaiden lainsäädäntöä koskevissa tulkinnoissa usein samaistettu yhteishankintayksikkönä toimiminen ja in house -toiminta. Tämä on voinut johtaa siihen, että yhteishankintayksikköinä toimintansa aloittaneet yksiköt ovat ehkä ajatelleet in house -yksikölle asetettujen vaatimusten täyttyvän yksinomaan osakeomistuksella. Jos omistajuusvaatimuksesta luovutaan, olisi ulosmyyntisääntöjen selkeämmän soveltamisen näkökulmasta myös eduksi, jos yhteishankintayksikkö ei toimisi samanaikaisesti sidosyksikkönä, vaan keskittyisi yhteishankintojen ja hankintojen tukitoimintojen tarjoamiseen.

65 Useimmiten yhteishankintayksiköiden statusta arvioidaan julkisoikeudellisen laitoksen määritelmän kautta: yleisen edun mukaiset tehtävät ja ilman teollista ja kaupallista luonnetta.

Hallitusohjelmaan on kirjattu ulosmyyntiosuuksien yhtenäistäminen tiukimpaan mahdolliseen rajaan eli toisin sanoen 500 000 € ja 5 %. Edellä on tarkasteltu ulosmyyntirajoista säätämistä ja sen seurauksia tarkemmin. Tältä osin voidaan todeta, että ulosmyyntirajat ovat pääosin toimineet asianmukaisesti niiden seitsemän vuoden voimassaoloajan, mutta niillä on saattanut olla tiettyjä välillisiä vaikutuksia sidosyksiköiden omistajamääriin, kun liiketoiminnallista kasvua on haettu omistajapoolia laajentamalla ulosmyyntiin sijaan. Ulosmyyntirajoja olisi siksi syytä tarkastella osana hankintalain sidosyksikköhankintasäätelykokonaisuutta. Hyvin tiukat ulosmyyntirajat myös käytännössä voivat johtaa helpommin sidosyksikköstatuksen menettämiseen tilanteessa, jossa sidossuhde katsotaan puuttuvan yksittäisen hankintayksikön ja sidosyksikön väliltä. Tällaisen tosiasiallisen määräysvaltaa omaamattoman "omistajan" hankinnat nimittäin voidaan katsoa ulosmyyntiksi. Vaikuttaa lisäksi siltä, että sidosyksiköissä on käyttämätöntä kapasiteettia, joka mahdollistaisi ulosmyyntiin lisäämisen.⁶⁶ Toisaalta on syytä myös muistaa tiukkojen ulosmyyntirajojen alkuperä: kansallinen kilpailuneutraliteettisäätely, joka edelleen olisi otettava huomioon pohdinnassa. Tämän osalta tilannetta mutkistaa osittain se, että myös kilpailuneutraliteettisäätöjen uudistamistarpeiden kartoitus sisältyy Orpon hallitusohjelmaan.⁶⁷

Sidosyksiköiden toimintaympäristöön kohdistuu tällä hetkellä lukuisia muutospaineita säätelyn taholta. Jos markkinaoikeuden Sarastia-päätös jää lainvoimaiseksi, kohdistuvat sen vaikutukset laajalti useiden omistajien sidosyksiköihin ja se voi vaarantaa monen sidosyksikköaseman. Lisäksi hallitusohjelmaan sisältyy lukuisia sidosyksiköitä koskevia kirjauksia: 1) käytön rajoitus, jos toimivat markkinat; 2) 10 %:n vähimmäisomistusvaatimus; 3) ulosmyyntiosuuksien yhtenäistäminen. Useilla näistä on vaikutuksia erityisesti monen omistajan sidosyksiköissä, mutta käytön rajoitus ja ulosmyyntirajat toki kohdistuvat myös yhden omistajan sidosyksiköihin. Uusia sääntöjä laadittaessa onkin tärkeä arvioida ehdotettujen sääntöjen yhteisvaikutusta.

Tulevina vuosina tultaneen näkemään lukuisia erilaisia rakenteellisia muutoksia sidosyksikkökentässä. On oletettavaa, että osa näistä yhtiöistä tulee jatkossa keskittymään yhteishankintayksikkönä toimimiseen. Osa usean omistajan yksiköistä puolestaan keskittyy tarjoamaan palvelua vain muutamille omistajille. On mahdollista, että tietyiltä kilpailluilta toimialoilta sidosyksikkötoiminta poistuu täysin – Ruotsin esimerkin mukaisesti. Toisaalta yhden omistajan sidosyksiköt, jotka eivät harjoita ulosmyyntiä tai yksiköt, joilla on vain rajattu kunta- tai hyvinvointialueomistajien joukko saattavat siirtyvät takaisin viranomaismuotoiseen toimintaan: toimimaan liikelaitoksina tai kunta- ja hyvinvointialueyhtyminä.

66 Ari Luukinen et al. Sidosyksiköiden ulosmyynti -selvityksen loppuraportti, Kilpailu- ja kuluttajaviraston Tutkimusraportteja 2/2022, s. 38–39, saatavilla osoitteessa: <https://www.kkv.fi/uploads/sites/2/2022/03/2022-02-tutkimusraportteja-sidosyksiköiden-ulosmyynti-1.pdf> (käyty 2.4.2024)

67 Orpon hallitusohjelma 20.6.2023, Vahva ja välittävä Suomi, s. 103, saatavilla osoitteessa: <https://julkaisut.valtioneuvosto.fi/handle/10024/165042> (käyty 2.4.2024)

Kilpailu- ja kuluttajaviraston Katsauksia 4/2024

Kilpailu- ja kuluttajavirasto

PL 5, 00531 Helsinki

Puhelin 029 505 3000 (pvm/mpm)

kirjaamo@kkv.fi • www.kkv.fi