

VAASAN YLIOPISTO
HALLINTOTIETEIDEN TIEDEKUNTA

Katri Löytty

KUNTIEN YHTEISTYÖ JA JULKISET HANKINNAT

Julkisoikeuden
pro gradu -tutkielma

VAASA 2007

SISÄLLYSLUETTELO

	sivu
LYHENTEET	3
TIIVISTELMÄ	5
1. JOHDANTO	7
1.1. Tutkimusaiheen taustaa	7
1.2. Tutkimusongelmat ja tutkimuksen kulku	8
1.3. Tutkimustapa ja -aineisto	10
2. KUNNAN TOIMINTA JA KUNTIEN VÄLINEN YHTEISTYÖ	13
2.1. Kunnan toimiala	13
2.2. Asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen ja kestävä kehitys päätöksentekoa ohjaavina periaatteina	16
2.3. Hallinnon toissijaisuus ja tarkoitussidonnaisuus	20
2.4. Kuntien yhteistyö	22
3. JULKISET HANKINNAT	28
3.1. Julkisten hankintojen sääntely	28
3.2. Hankintalainsäädännön soveltamisalasta	30
3.2.1. Julkisoikeudellinen laitos hankintayksikkönä	32
3.2.2. Hankinta	34
3.3. Kansalliset kynnysarvot	38
3.4. Kynnysarvot alittavia hankintoja ohjaavat periaatteet	40
4. HANKINTALAIN SOVELTAMINEN KUNTIEN YHTEISTYÖSSÄ	43
4.1. Yhteishankintayksiköt	43
4.2. Hankinnan ja yhteistoiminnan välistä rajanvetoa: KHO 2004: 102	45
4.3. Sidosyksikköhankinnat	49
4.3.1. Omana työnä tuottaminen: eräitä ongelmakohtia	49

4.3.2. Sidossuhteen muodostuminen kahden erillisen oikeushenkilön välille	51
5. JOHTOPÄÄTÖKSET JA KEHITTÄMISTARPEET	68
LÄHDELUETTELO	72

LYHENTEET

art.	Artikla
EV	Eduskunnan vastaus
hankintadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta
hankintalaki	Laki julkisista hankinnoista 30.3.2007/348
HaVM	Hallintovaliokunnan mietintö
HE	Hallituksen esitys Eduskunnalle
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KM	Komiteanmietintö
KTM	Kauppa- ja teollisuusministeriö
MAO	Markkinaoikeus
peruspalveludirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/17/EY vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta
perustuslaki	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
StVL	Sosiaali- ja terveystieteiden valiokunnan lausunto
TaVM	Talousvaliokunnan mietintö

VAASAN YLIOPISTO**Hallintotieteiden tiedekunta**

Tekijä:	Katri Löytty	
Pro gradu -tutkielma:	Kuntien yhteistyö ja julkiset hankinnat	
Tutkinto:	Hallintotieteiden maisteri	
Oppiaine:	Julkisoikeus	
Valmistumisvuosi:	2007	Sivumäärä: 80

TIIVISTELMÄ:

Julkiset hankinnat ovat merkittävä osa julkista taloutta. Kappalemääräisesti noin kaksi kolmasosaa kaikista hankinnoista tehdään kunnissa. Kuntien toimintaympäristö on muuttunut viimeisten vuosikymmenten aikana: kuntien talouden järjestäminen on saanut lisää vapautta, mutta haasteena on tehtävistä suoriutuminen vähillä resursseilla. Kuntalaissa onkin pyritty mahdollistamaan kuntien erilaiset ratkaisut ja toimintamallit, jotta toiminta olisi mahdollisimman tarkoituksenmukaista.

Kuntalaissa ei ole rajattu kuntien yhteistoiminnan sisältöä. Kunnat toimivat yhteistyössä paitsi viranomaistehtäviensä hoidossa, myös erilaisin yksityisoikeudellisin järjestelyin. Esimerkiksi kuntien yhteiset yritykset ja erilaiset myyjä-ostaja-asetelmat ovat yleistyneet. Sopimusjärjestelmät ovat monimutkaistuneet. Monissa tilanteissa on vaikea määritellä, sovelletaanko hankintalainsäädäntöä kuntien yhteistyöhön ja missä menee kunnan sisällä omana työnä teettämisen ja julkisen hankinnan raja. Kesäkuussa 2007 voimaan tulleeseen hankintalakiin sisällytettiin Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön perustuva säännös sidosyksikköhankinnoista. Sen mukaan hankinta voidaan tehdä kilpailuttamatta sellaiselta yksiköltä, joka on niin läheisessä suhteessa hankintayksikköön, että toiminta voidaan rinnastaa omana työnä tekemiseen. Sen toivottiin osaltaan selkiyttävän kuntienkin hankintoja ja hankintalainsäädännön soveltamista kuntien väliseen yhteistyöhön.

Tutkimuksessa tutkitaan sitä, minkälaisia tehtäviä kunta voi hoitaa ja miten niitä voidaan hoitaa yhteistyössä toisten kuntien kanssa sekä sitä, minkälaiseen kuntien väliseen yhteistyöhön sovelletaan hankintalainsäädäntöä. Kuntalain tarkoittamaan kuntien yhteistoimintaan ei lähtökohtaisesti sovelleta hankintalain sääntöjä, mutta mikäli kunnat solmivat keskenään sopimuksen, jonka voi katsoa olevan hankintasopimus, on kyseessä julkinen hankinta. Tällöin kunnalla on velvollisuus kilpailuttaa hankinta hankintalain sääntöjä noudattaen. Myös suorahankinnat yhden tai useamman kunnan omistamilta osakeyhtiöiltä ovat aiheuttaneet epäselvyyksiä.

Lähtökohtana tutkimuksessa on kuntien yhteistyö ja julkiset hankinnat. Tavoitteena on löytää ne säännökset ja periaatteet, jotka kunnan on otettava huomioon ja ne argumentit, joita voidaan käyttää, kun haetaan rajoja hankintalain soveltamisalalle. Toisaalta tavoitteena on tutkia ja tulkita hankintalain sidosyksikköpykälää. Siten tutkimus on lainopillinen, koska juuri lainopin tarkoituksena ja tavoitteena on oikeusjärjestyksen systematisointi ja tulkinta. Lähdeaineistona käytetään lakien esitöitä ja muita valmisteluasiakirjoja, oikeuskirjallisuutta sekä oikeuskäytäntöä. Korostuneessa roolissa ovat yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisut etenkin sidosyksikköteemaan liittyen. Tutkimus kuuluu hallinto- ja kunnallisoikeuden alaan, mutta kuntien yksityisoikeudellisen yhteistyön ja yksityisoikeudellisten yhteisöjen osalta liityntöjä on myös yksityisoikeuden puolelle.

Kuntien kannalta olisi ideaalista, että hankintalainsäädännön kannalta sallitut yhteistyömuodot määriteltäisiin selkeästi. EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa tämä ei kuitenkaan näyttäisi olevan mahdollista. Rajanvedon selkiyttämisessä on perusteltua painottaa toiminnan tarkoituksen ja markkinavaikutukset huomioon ottavaa kokonaisvaltaista arviointia. Nykytilanteessa kuntien on yhteistyöjärjestelyjä suunnitellessaan etukäteen pohdittava niiden suhdetta hankintalainsäädäntöön. Kunnan on myös aina otettava huomioon hankinta- ja yhteistyöjärjestelyidensä vaikutus kilpailuasetelmiin markkinoilla sekä kuntalaisten itsehallintoon ja osallistumismahdollisuuksiin.

AVAINSANAT: julkiset hankinnat, kunnat, kuntien yhteistyö

1. JOHDANTO

1.1. Tutkimusaiheen taustaa

Julkisten hankintojen osuus bruttokansantuotteesta Suomessa on noin 15 prosenttia. Tämä tarkoittaa, että valtio, kunnat, seurakunnat ja muut hankintayksiköt hankkivat erilaisia tavaroita ja palveluja vuosittain yli 22,5 miljardin euron arvosta.¹ Kappalemääräisesti noin kaksi kolmasosaa kaikista hankinnoista tehdään kunnissa; rahallisesti tämä on noin 10 miljardia euroa vuosittain². Hankinnat ovat merkittävä osa julkista taloutta ja niiden kitkaton sujuminen onkin siksi tärkeää. Hankintojen onnistunut sääntely ja toteuttaminen on merkittävää myös tarjoavalle osapuolelle.

Julkiset hankinnat ovat olleet puheenaiheena monenlaisissa medioissa viime aikoina. Tämä johtuu osaksi hankintalainsäädännön uudistumisesta. 1.6.2007 tuli voimaan kaksi uutta hankintalakia: laki julkisista hankinnoista (30.3.2007/348) sekä laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (30.3.2007/349). Uudessa hankintalainsäädännössä merkittävimpiä uudistuksia ovat kansalliset kynnsarvot, joiden alle jääviin hankintoihin hankintalakia ei sovelleta ja ilmoitusvelvollisuuden sekä neuvottelumenettelyn käyttömahdollisuuksien laajeneminen. Toinen keskustelussa näkynyt aihe on markkinaoikeuden ruuhkaantuminen. Suurin osa markkinaoikeuteen vireille tulevista valituksista koskee julkisia hankintoja. Vuonna 2005 näitä oli 508, joista ainoastaan 261 ratkaistiin.³ Helmikuun 2007 alussa markkinaoikeudessa oli vireillä 556 juttua, eli odotettavissa oleva käsittelyaika on henkilökunnan lisäämisestä huolimatta jopa vuosi. Uuden lain on toivottu vähentävän valitusten määrää, kun kappalemääräisesti suuri osa hankinnoista jää kynnsarvojen myötä hankintalain soveltamisen ja valitusoikeuden ulkopuolelle. Vaikutus voi kuitenkin uusien menettelyjen osalta olla päinvastainen, kun tulkintaa haetaan oikeusteitse.⁴

Uudessa hankintalaissa on myös säännös sidosyksikköhankinnoista. Säännös mahdollis-

¹ Hankinnat.fi -verkkotietopankki.

² Tynnilä 2006: 22.

³ Hankinnat.fi -verkkotietopankki.

⁴ Kallio 2007.

taa hankinnat kilpailuttamatta sellaisilta yksiköiltä, jotka ovat hankintayksiköstä erillisiä, mutta tosiasiaassa niin läheisessä suhteessa, että toiminta voidaan rinnastaa omana työnä tekemiseen. Sidosyksikköhankinnat on koettu hankaliksi, koska niistä ei ole ollut säännöksiä aiemmin laissa. Edelleenkin voimassaolevassa hankintadirektiivissä ei ole mainintaa sidosyksikköhankinnoista, mutta oikeustila on muuttunut direktiivin antamisen jälkeen, kun yhteisöjen tuomioistuin on luonut ratkaisukäytäntöä aiheesta.⁵

Kuntien toimintaympäristö on muuttunut viimeisten vuosikymmenten aikana. Niiden tehtäviä on lisätty ja valtion keskushallinnon ohjausta vähennetty. Kuntien päätävävalta tehtäviensä hoitamisesta laajeni vuoden 1993 valtiosuusuudistuksen myötä, kun valtio ei enää yksityiskohtaisesti valvo niiden hoitamista. Kuntien talouden järjestäminen sai lisää vapautta, mutta muuttui myös haasteellisemmaksi. Kuntien on huolehdittava tehtävistään, mutta vähillä resursseilla niiden on kehitettävä uusia toimintatapoja ja sopeuduttava talouden muutoksiin. Kuntalain säätämisessä tämä otettiin huomioon ja yhtenä sen keskeisenä tavoitteena onkin mahdollistaa erilaisten kuntien erilaiset ratkaisut ja toimintamallit.⁶

Kunnat perustavat entistä enemmän yhteisiä yrityksiä. Uusien toimintatapojen myötä erilaiset myyjä-ostaja -asetelmat yleistyvät. Tästä on seurauksena myös erilaisten sopusjärjestelmien yleistyminen. Kunnan oman toiminnan ja yhteistoiminnan sekä toisaalta hankinnan välinen rajanveto on monissa tilanteissa vaikeaa.⁷

1.2. Tutkimusongelmat ja tutkimuksen kulku

Edellä kuvattu kuntien suuri rooli on syynä tutkimuksen näkökulman rajaamiseen kuntien toimintaan. Myös nimenomaisesti kuntasektorilla yleistyneet yhteistyön muodot tukevat tätä valintaa. Kuntalain (17.3.1995/365) 2 §:ssä määritellään kunnan tehtävät ja yleinen ja erityinen toimiala. 3 momentin mukaan kunta hoitaa sille laissa säädetyt tehtävät itse tai yhteistyössä muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämiä palve-

⁵ HE 50/2006 vp s. 16.

⁶ Harjula & Prättälä 2001: 4–9.

⁷ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 38.

luja kunta voi hankkia myös muilta palveluntuottajilta. Yhteistyön muodoista säädetään kuntalain 10 luvussa. Tehtävien hoidon edellyttämät palvelut kunta voi järjestää lähinnä tuottamalla palvelun itse, tuottamalla palvelun yhteistyössä muiden kuntien kanssa tai hankkimalla palvelun vastiketta vastaan toiselta kunnalta tai kuntayhtymältä. Kunta voi myös perustaa palveluja tuottavan osakeyhtiön tai muun yksityisoikeudellisen yhteisön tai olla osakkaana sellaisessa. Palvelujen hankkiminen on mahdollista myös yksityisiltä palveluntuottajilta.⁸

Kuntalaissa ei ole rajattu kuntien yhteistoiminnan sisältöä. Yhteistoimintaa voidaan harjoittaa niin viranomaistehtävissä kuin muissakin. Käytännössä kuntien yhteistoimintamahdollisuuksiin kuuluvat yhteinen toimielin, yhteinen viranhaltija, kuntayhtymän perustaminen, kuntien välinen ostopalvelu ja yksityisoikeudellisen yhteisön perustaminen.⁹

Tässä tutkimuksessa on tarkoitus arvioida kuntien yhteistyötä hankintasäännösten pohjalta. Kun kunta päättää ostaa palvelun tai tavaran, sen on hankintasäännösten ehtojen täytyessä kilpailutettava se hankintalain mukaisella tavalla. Tarkoituksena on tutkia rajapintoja erilaisten palvelunjärjestämismallien välillä hankintasäännösten kannalta. Palvelun tuottaminen yhteistyössä muiden kuntien kanssa ja toisaalta vastikkeellinen palvelun osto toiselta kunnalta sopimuksella, jonka voi katsoa olevan luonteeltaan hankintasopimus, ovat ratkaisevasti eri asemassa kilpailutusvelvollisuuden näkökulmasta. Kuntien yhteistyöjärjestelyissä on entistä yleisempää myös yksityisoikeudellisten yhteisöjen perustaminen. Nämä eivät kuulu kunnan organisaatioon, joten lähtökohtaisesti niiltä tehtävät hankinnat on kilpailutettava. Kilpailuttaminen ei kuitenkaan ole pakollista tilanteissa, jossa yhden tai useamman kunnan omistama yksityisoikeudellinen yhteisö – esimerkiksi osakeyhtiö – on niin läheisessä suhteessa kuntaan, että siltä suoritettavan hankinnan voi rinnastaa omana työnä tekemiseen. Tämän sidosyksikköaseman määräytymisen kriteerejä tarkastellaan ja eritellään, vaikkakaan ne eivät ole yksiselitteisiä.

Tutkimuskysymyksiksi voi edellä selostetusta tiivistää seuraavat:

⁸ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 38.

⁹ Emt.: 40.

1) Minkälaisia tehtäviä kunta voi hoitaa ja miten niitä voi hoitaa yhteistyössä toisten kuntien kanssa?

2) Minkälaiseen kuntien väliseen yhteistyöhön sovelletaan hankintalainsäädäntöä? Kysymyksiä lähdetään avaamaan selvittämällä ensinnäkin yleisesti kunnan toimialaa, toimintaa ohjaavia periaatteita ja yhteistyön muotoja. Toiseksi tarkoituksena on arvioida sitä, minkälaisia rajoituksia hankintalainsäädäntö asettaa kuntien yhteistyölle, ja mikä on kilpailutusvelvollisuuden suhde erilaisiin yhteistyön muotoihin.

Toinen luku käsittelee kunnan toimialan määräytymistä ja toimintaa ohjaavia periaatteita. Myös kuntien yhteistyön vaihtoehtoja tarkastellaan. Hankintalain soveltamisalaa eritellään kolmannessa luvussa, jossa täsmennetään hankintalaissa käytettäviä käsitteitä hankinta ja hankintayksikkö. Lyhyesti selvitetään myös kynnysarvojen merkitys kilpailutusvelvollisuuden kannalta ja niiden alle jäävien hankintojen toteuttamisen periaatteita. Neljäs luku käsittelee tutkimuksen pääteemaa eli kuntien yhteistyön muotoja ja niiden suhdetta hankintalainsäädäntöön. Ensin käydään läpi yhteishankintayksiköihin liittyviä seikkoja. Sen jälkeen tarkastellaan yleisesti hankinnan ja yhteistyön rajanvetoa. Tämän jälkeen tarkastelussa ovat sidosyksikköhankinnat. Tarkoituksena on ensin selvittää yleisesti, miten hankintalain soveltamisalaa on rajattu sen suhteen, mikä katsotaan omana työnä tekemiseksi. Toinen kokonaisuus koskee sidosyksikköaseman muodostumista kahden erillisen oikeushenkilön välille. Tarkoitus on eritellä ja pohtia niitä tunnusmerkkejä ja edellytyksiä, joiden perusteella hankinta voidaan jättää kilpailuttamatta sidosyksikköhankintana.¹⁰

1.3. Tutkimustapa ja -aineisto

Lainopin tehtävänä on ensinnäkin oikeusjärjestyksen systematisointi. Tarkoituksena on tuottaa tietoa oikeusjärjestyksen sisällöstä systematisoimalla normeja ja luomalla käsitteitä, joiden alle normikokonaisuudet asettuvat. Toinen lainopin tehtävä on tulkinta, eli tiettyyn tilanteeseen sovellettavien oikeusnormien sisällön selvittäminen, jonka tulokse-

¹⁰ Sidosyksikkökysymyksissä ei puututa itse hankinnan laatuun, koska kilpailuttamisvelvoitteen suhteen ei ole merkitystä sillä, onko hankittava hyödyke tavara vai palvelu.

na saadaan oikeudellinen toimintaohje tilanteeseen.¹¹ Toisaalta oikeusjärjestyksen systematisoinniksi voi lukea sen, että tietyn aiheen alle pyritään löytämään kaikki siihen olennaisesti liittyvät normit. Lähtökohdaksi asetetaan kuntien yhteistyö ja julkiset hankinnat ja tutkitaan, mitä ovat ne säännökset ja periaatteet, jotka kunnan tulee ottaa huomioon. Tavoitteena on löytää oikeudellisesti perusteltavissa oleva tulkinta hankintalain sidosyksikköpykälälle. Toisin sanoen tehtävänä on siis lainkohdan sisällön selvittäminen. Oman ulottuvuutensa tutkimukseen tuo periaatteiden, kuten hallinnon toissijaisuuden, sisällön ja merkityksen selvittäminen käsiteltävän aihekokonaisuuden kannalta.

Tutkimusta valmistellessa on mietittävä, mitkä ovat ne oikeuslähteet, joista tutkimusongelman mukaisessa tilanteessa voimassa oleva oikeus on löydettävissä: Mitkä ovat hyväksyttäviä tahoja etsiä vastausaineistoa tutkimuskysymyksiin, ja mitkä ovat ne argumentit, jotka ovat oikeudellisesti kestäviä?

Hankintalain tultua voimaan vasta hiljattain, ongelmallisissa kysymyksissä on luontevaa selvittää ensin lain esitöiden kanta asiaan. Toisaalta on huomattava, että lain esitöissä on avoimesti ilmaistu, että oikeustila on muutosvaiheessa ja muutoksia on mitä luultavimmin tulossa¹². Laissa on siis epätydyttäviä kohtia, joille on haettava tulkinta-apua muista oikeuslähteistä. Tässä erityisesti sidosyksikköhankintoja koskevalla EY-tuomioistuimen ratkaisutoiminnalla on suuri merkitys. Oikeuskäytännön tuoreuden ja kehittymistilassa olevan oikeustilan vuoksi pääpaino on näiden oikeustapausten analysoinnissa.¹³ Hankintalainsäädännön yleisemmissä soveltamiskysymyksissä käytetään myös kotimaista oikeuskäytäntöä. Oikeuskäytäntö on näissä tapauksissa jo kumoutuneen lain soveltamista, mutta sitä käytetään vain sellaisissa kysymyksissä, joissa lakiin ei ole tullut sellaisia muutoksia, jotka vähentäisivät näiden oikeustapausten oikeudellista painoarvoa uuden lain aikaisessa soveltamisessa. Kunnan yhteistyötä yleisemmällä tasolla pohdittaessa oikeuskirjallisuudella on oikeuslähteenä suurempi merkitys. Oikeuskirjallisuudesta on pyritty valitsemaan erityisesti sellaisia teoksia, joissa erityisesti kun-

¹¹ Lainopin tehtävistä esim. Aarnio 1978: 52 ja Husa, Mutanen & Pohjolainen 2001: 13–14.

¹² HE 50/2006 vp s. 16; TaVM 26/2006 vp.

¹³ Sidosyksikköhankintojen osalta aikaisempaa oikeudellista tutkimusta ei juurikaan ole. Kuntien sosiaali- ja terveyspalvelujen hankintoja ja kilpailuttamista koskeva Esko Romppaisen väitöskirja on kuitenkin juuri valmistunut Helsingin yliopistossa (*Sosiaali- ja terveysjärjestöjen oikeudellinen asema palvelujen järjestämisessä: Tutkimus julkista avustusta saavan yhdistyksen asemasta hankintasääntöjen näkökulmasta*, 2.11.2007).

nan toimialaa tarkastellaan kriittisesti.¹⁴

Tutkimus liikkuu hallinto-oikeuden, kunnallisoikeuden ja kilpailuoikeuden piirissä. Hankintalainsäädännön soveltamisen tutkiminen on vahvasti hallinto-oikeudellista, kun tutkimuksen kohteena on julkinen hallinto ja sen toiminta. Toisaalta kuntien toiminnan ja yhteistyön tutkiminen kuuluu luonnollisesti myös kunnallisoikeuden alaan. Erityisen vahvasti tämä näkyy kunnan toimialaa ja kunnallisoikeudellisten periaatteiden soveltamista tutkittaessa. Yksityisoikeutta sivutaan kuitenkin esimerkiksi käsiteltäessä kuntien omistamia osakeyhtiöitä. Kunnan omistama yhtiö voi olla yksityisoikeudellinen yhteisö, mutta tietyin edellytyksin siihen sovelletaan viranomaisia varten säädettyä lainsäädäntöä, esimerkiksi juuri hankintojen osalta.

¹⁴ Vahvasti luotetaan esimerkiksi Kauko Heurun, Olli Mäenpään, Heikki Harjulan ja Kari Prättälän esittämiin kannanottoihin. Tuoretta tutkimusta tästä aihepiiristä edustaa Sini Sallisen väitöstutkimus, johon viitataan useaan otteeseen.

2. KUNNAN TOIMINTA JA KUNTIEN VÄLINEN YHTEISTYÖ

2.1. Kunnan toimiala

Tutkittaessa kunnan roolia palvelujen tuottajana tai ostajana, on ensin kartoitettava hieman sitä, minkälaisia tehtäviä kunta ylipäänsä voi hoitaa. Tässä luvussa tarkastellaan kunnan yleisen toimialan rajoja.

Kuntalain 2 §:ssä säädetään kunnan tehtävistä. Lainkohdan mukaan kunta hoitaa itsehallinnon nojalla itselleen ottamat ja sille laissa säädettyt tehtävät. Laissa määrättyt tehtävät kunta hoitaa itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Tehtävien hoidon edellyttämiä palveluja kunta voi hankkia myös muilta palvelujen tuottajilta. Perinteisen jaottelun mukaan kunnan itsehallinnon nojalla itselleen ottamat tehtävät kuuluvat yleiseen toimialaan ja lakisääteiset tehtävät erityistoimialaan.¹⁵ Sallinen on kuitenkin kokenut tämän jaottelun riittämättömäksi. Hän jakaa kuntien tehtävät esimerkiksi rahoituksen perusteella pakollisiin, määrärahasidonnaisiin, valtionavusteisiin vapaaehtoiisiin ja vapaaehtoiisiin tehtäviin. Näistä pakolliset on hoidettava aina ja määrärahasidonnaiset määrärahojen puitteissa. Vapaaehtoisista tehtävistä osa on sellaisia, joihin kunta saa valtionavustusta ryhtyttyään niitä hoitamaan. Viimeiseen luokkaan kuuluvista tehtävistä kunta päättää itse ja myös rahoittaa ne kokonaan itse.¹⁶ Yleistä toimialaa pohdittaessa kyseeseen tulevat vapaaehtoiset ja valtionavusteiset vapaaehtoiset tehtävät. Toimialan rajoja seuraavassa pohdittaessa näiden välille ei ole tarpeen tehdä eroa, koska toimialan rajojen kannalta ei rahoituksen lähteellä ole merkitystä. Toisaalta Sallisen mainitsemat valtionavusteiset toiminnot – lukiot, ammatillinen koulutus, ammattikorkeakoulu, vapaa sivistystyö, taiteen perusopetus, museot, teatterit ja orkesterit sekä sosiaalinen luototus – ovat useimmissa tapauksissa katsottavissa kuntalaisten edun mukaisiksi. Tällöin toimialan mukaisuuden tarkastelu ei välttämättä olisi sen enempää tarpeen. Joka tapauksessa, yleisestä toimialasta puhuttaessa sillä tarkoitetaan jatkossa näitä molempia tehtävätyyppejä.

¹⁵ Heuru (2001: 53) toteaa toimialan käsitteen hieman vanhentuneeksi, nyttemmin olisi syytä puhua kunnan tehtävistä. Kuitenkaan hän ei toimialan käsitteen käyttöäkään sulje pois. Tässä työssä käytetään pääsääntöisesti käsitettä kunnan toimiala, koska se esiintyy esitellyissä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisuissa ja käytetyssä kirjallisuudessa.

¹⁶ Sallinen 2007: 97–98.

Sekä yleisen toimialan rajat että erityiseen toimialaan sisältyvät tehtävät muuttuvat. Eri-tyistoimialaan voidaan sisällyttää uusia tehtäviä lailla säätämällä tai poistaa velvoitteet jonkin tehtävän hoitamiseen. Yleinen toimiala laajenee kunnan ottaessa itselleen uusia tehtäviä.¹⁷ Uusista tehtävistä tai velvollisuuksista tai vanhojen pois ottamisesta on siis kuntalain 2.1 §:n mukaan säädettävä laintasoisella säädöksellä. Lisäksi kuntia velvoittavat EU-oikeuteen kuuluvat säännökset. Kunnat ovatkin EU-oikeuden kohteena etenkin taloudellisina toimijoina, kuten toimiessaan elinkeinonharjoittajana tai suorittaessaan julkisia hankintoja.¹⁸

Kunnan yleisestä toimialasta säädetään yleislausekkeella, eikä kuntalakia koskevan hallituksen esityksen yksityiskohtaisten perustelujen mukaan tarkoitus olekaan määritellä kunnan yleiseen toimialaan kuuluvia tehtäviä, vaan korostaa jokaisen kunnan omaa päätösvaltaa ja kuntien erilaisuutta¹⁹. Säännöksen tulkinta on sekä ajallisesti että alueellisesti joustavaa²⁰. Kooltaan, asutustiheydeltään, sijainniltaan ja elinkeinorakenteeltaan toisistaan poikkeavien kuntien yhteiset ja jäsenten kokonaisetua edistävät toimet saattavat olla hyvinkin erilaisia²¹. Toimialan rajoja täsmennetään oikeuskäytännössä. Yksittäistapauksissa korkein hallinto-oikeus viime kädessä ratkaisee, minkä tehtävien ei voi katsoa kuuluvan kunnan yleiseen toimialaan.²² Vaikka kuntalakiin ei ole kirjattu määritelmää kunnan yleiseen toimialaan kuuluvista tehtävistä, perinteinen vakiintunut vaatimus on ollut, että tehtävien on oltava kuntalaisten yhteisiä. Tästä vallitsee Harjulan ja Prättälän mukaan varsin yhtenäinen näkemys oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa. Yhteisyys ei kuitenkaan tarkoita, että jokaisen kuntalaisen olisi hyödyttävä toiminnasta, vaan kunnan itselleen ottaman tehtävän hoitaminen tulee olla yleisesti hyväksyttävää, tarkoituksenmukaista ja sopivaa. Yhteisyyttä arvosteltaessa tulee huomioon ottaa myös välillinen hyöty. Kunnan jäsenistön kokonaisetua edistävä toiminta olisi yhteistä.²³ Toiminta voi siis hyödyttää vain osaa kuntalaisista, mutta kuntalaisia tulisi kohdella tasa-

¹⁷ Hannus & Hallberg 2000: 78.

¹⁸ Mäenpää 1997: 51.

¹⁹ HE 192/1994 vp s. 86.

²⁰ Heuru, Mennola & Ryyänen 2001: 132.

²¹ Ikkala 1959: 89.

²² Harjula & Prättälä 2001: 76–78.

²³ Ikkala 1959: 78.

puolisesti eikä asettaa heitä perusteettomasti erilaiseen asemaan keskenään.²⁴ Yhteisyyden käsite on kehittynyt tarkoittamaan yleishyödyllisyyttä²⁵. Tätä kriteeriä on arvioitava ainakin silloin, kun kunta harjoittaa elinkeinotoimintaa tai muulla tavoin osallistuu sellaiseen. Kunnan harjoittaman elinkeinotoiminnan on oltava kunnan asukkaita yleisesti hyödyttävää kuuluakseen yleisen toimialan piiriin. Tällainen yleinen hyöty voi olla esimerkiksi työllisyyden hoitoon tai elinkeinoelämän yleisten edellytysten edistämiseen liittyvää.²⁶

Toiseksi tehtävän on kohdistuttava lähinnä oman kunnan asukkaisiin²⁷. Tätä ei kuitenkaan ole tulkittava liian tiukasti, koska kunnat ovat monella alalla yhteistyössä alueellisesti esimerkiksi maakuntien liittojen ja sairaanhoitopiirien muodossa²⁸. Mikäli kunnan toiminta saisi kohdistua ainoastaan oman kunnan asukkaisiin, tällainen yhteistyö olisi mahdotonta. Esimerkiksi juuri yhteishankintayksiköiden toiminta kohdistuu useamman kunnan alueelle, mutta sen tarkoitus on samalla olla kaikkien siihen osallistuvien kuntien asukkaiden etu säästyvien kustannusten muodossa.

Kunnan toimialaan eivät kuulu sellaiset tehtävät, jotka on säädetty jonkin muun viranomaisen tehtäväpiiriin kuuluvaksi. Tosin kuntalain 2.2 §:ssä kunnille annetaan mahdollisuus sopimuksen nojalla hoitaa myös tällaisia tehtäviä. Yleensä edellytyksenä kuitenkin on, että tehtävää hoitavalle julkisyhteisölle on lainsäädännössä annettu mahdollisuus tehtävän siirtämiseen²⁹. Myös rinnakkainen toimivalta toisen julkisyhteisön kanssa voi tulla kyseeseen, mikäli toimivaltaa ei ole luotu muut tahot poissulkevaksi³⁰. On mahdollista myös, että katsottaessa tarkoituksenmukaiseksi, kunta voi edistää valtion tarjoami-

²⁴ KHO 2005: 62.

²⁵ Sallinen 2007: 131.

²⁶ KHO 2002: 42: Kunnan toimialaan kuului pääoman sijoittaminen paikkakunnalle sijoittuviin yrityksiin, kun samalla syntyi pysyviä työpaikkoja. KHO 26.7.2006/1820: Kunnanvaltuuston talousarvioon varaama määräraha kahden omakotitalon myyntiin rakennuttamista varten ei kuulunut kunnan yleiseen toimialaan, kun kunta ei ollut esittänyt mitään sellaisia työvoima- tai elinkeinopoliittisia syitä, joiden perusteella toiminnan olisi voinut katsoa kuuluvan kunnan toimialaan.

²⁷ Kokoavasti paikallisuuden käsitteen kehittymisestä Sallinen 2007: 135–137: Aiemmin on ollut vallalla myös käsityksiä, joiden mukaan kunta voi toimia vain omalla alueellaan, mutta sittemmin pääosassa ovat kunnan asukkaat, joiden edun määrittelemisessä tosin kunnan alueella on merkitystä. Ryyänen (2006: 11) tulkitsee perustamissopimusta niin, että kunnan liiketaloudellisen toiminnan rajoittaminen vain kunnan alueelle loisi kielletyn lainsäädännöllisen ”aluekartellin”.

²⁸ Harjula & Prättälä 2001: 79; KHO 2.8.2001/1738: Kunnan toimialaan kuului osallistuminen yhtiöön, jonka toiminta kohdistui useaan kuntaan ja laajemminkin seutukuntaan.

²⁹ HE 192/1994 vp: yksityiskohtaiset perustelut.

³⁰ Heuru 2001: 55.

en palvelujen säilymistä kunnassa³¹. Ryytänen on nähnyt jonkinasteisena ongelmana paitsi kunnan ja valtion välisen vastuunjaon epäselvyyden myös vastuun päällekkäisyyden. Esimerkkinä tällaisesta epäselvyydestä on perusoikeusuudistuksessa perustuslakiin otettu termi ”julkinen valta”, joka kattaa sekä valtion että kuntien viranomaiset. Siksi vastuunjako perusoikeuksien turvaamisessa ei välttämättä ole selvää.³²

2.2. Asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen ja kestävä kehitys päätöksentekoa ohjaavina periaatteina

Asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen ja kestävä kehitys on kirjattu kuntalain 1.3 §:n. Lainkohtaa koskevissa hallituksen esityksen perusteluissa korostetaan kunnan toimialan laajenemisen myötä tulevaa vastuuta. Kestävän kehityksen periaate edellyttää luonnon ja rakennetun ympäristön kehittämistä niin, että kehitys on sekä ekologisesti että taloudellisesti tasapainoista ja tulevat ajat huomioon ottavaa. Ympäristövaikutukset on otettava huomioon kunnan taloudellisessa ja toiminnallisessa päätöksenteossa. Kunnan velvollisuudet eivät rajoitu omaan alueeseen, vaan ympäristön laadun turvaaminen vaatii avointa kuntarajat ylittävää yhteistyötä. Hyvinvoinnin turvaamiseksi kunnan tulee sopeuttaa hallintonsa, taloutensa ja toimintatapansa muuttuvan toimintaympäristön tarpeisiin.³³

Kestävälle kehitykselle Heuru antaa kolme ulottuvuutta: ekologinen, yhteiskunnallisen oikeudenmukaisuuden toteuttaminen ja ihmisen henkisen kasvun turvaaminen³⁴. Sallinen ilmaisee saman asian jakamalla kestävä kehityksen kunnallisoikeudellisena periaatteena ekologiseen, taloudelliseen ja sosiaaliseen ulottuvuuteen. Nämä kaikki tulisi yhteen sovitettuna kokonaisuutena ottaa huomioon kaikessa kunnan toiminnassa. Ekologinen ulottuvuus edellyttää ympäristöön ja luontoon kohdistuvien vaikutusten tiedostamista ja toiminnasta pidättäytymistä, mikäli vaikutukset eivät ole kestävä kehityksen periaatteen mukaisia. Sosiaalisesti kestävä kehitys on tasa-arvon ja ihmisoikeuksien

³¹ Harjula & Prättälä 2001: 84. Myös KHO:1992-A-56: Puolustusvoimien yksikön toimintaa ja sen suhteita ympäristöön kehittävän säätöön tukeminen kuului kunnan toimialaan.

³² Ryytänen 2004: 58.

³³ VNS 3/1999 vp.

³⁴ Heuru 2001: 52.

edistämistä sekä kulttuuriarvojen vaalimista. Kestävän kehityksen taloudellinen ulottuvuus viittaa taloudelliseen kasvuun, mutta ennen kaikkea myös taloudelliseen jatkuvuuteen.³⁵ Kunnan on toteutettava kestävän kehityksen periaatetta ja toimittava asukkaiden etua palvelevalla tavalla sekä yleis- että erityistoimialansa piirissä.³⁶ Ryyränen näkee kestävän kehityksen oikeusperiaatteena, jolla on arvoaspekti. Minimi- ja maksimiarvojen määrittely on välttämätöntä, jotta kestävän kehityksen käsite voisi kehittyä oikeusnormiksi.³⁷

Kuntalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan kunnan tärkeimpiä tehtäviä on asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen ja sen edellyttämistä palveluista huolehtiminen. Säännöstä ei kuitenkaan ole tarkoitettu luomaan subjektiivisia oikeuksia hyvinvointiin eikä se voi toimia valitusperusteena. Sen tarkoituksena on korostaa lainsäätäjän tahtoa perinteisen hyvinvointiyhteiskunnan jatkuvuudesta.³⁸ Kuitenkin ainakin Harjula ja Prättälä ovat todenneet, että vaikka säännös ei tavoitenormina yksinään riitä oikeusohjeeksi konkreettista oikeudellista ongelmaa ratkaistaessa, se voi vaikuttaa muiden normien tulkintaan kunnan harkintavaltaa kaventavasti.³⁹ Heurun mukaan asukkaiden hyvinvointi on käsitteenä epämääräinen eikä lainkaan oikeudellisesti määriteltävissä, vaan sen sisältö on opittava tuntemaan sen mukaan, miten sitä kielessä kulloinkin käytetään⁴⁰. Sallisen mukaan asukkaiden hyvinvointi toteutuu kunnan alueensa kehitystä ja kasvua edistävän toiminnan kautta⁴¹.

Kestävän kehityksen ja asukkaiden hyvinvoinnin periaatteiden välillä ei kuntalaissa tai sen esitöissä nähdä ristiriitaa. Kuntalain sanamuoto edellyttää molempien periaatteiden toteuttamista. Heuru kokee ratkaisemattomana ongelmana hyvinvointiyhteiskunnan säilyttämisen edellyttämän taloudellisen kasvun ja kestävän kehityksen välisen suhteen.⁴² Sallinen pohtii periaatteiden välistä suhdetta monelta kannalta. Kuntalaisten etu saattaa joissain tilanteissa edellyttää kunnalta taloudellisten riskien ottoa, kun taas ta-

³⁵ Sallinen 2007: 183–184.

³⁶ Heuru ym. 2001: 130.

³⁷ Ryyränen 1999: 281–282.

³⁸ HE 192/1994 vp s. 86.

³⁹ Harjula & Prättälä 2001: 74.

⁴⁰ Heuru 2001: 52.

⁴¹ Sallinen 2007: 184.

⁴² Heuru 2001: 52–53.

loudellisesti kestävä kehitys ja tulevat sukupolvet hyötyvät ennen kaikkea taloudellisesta jatkuvuudesta. Yleisemminkin asukkaiden hyvinvointi painottaa tämän hetken kuntalaisiin kohdistuvaa toimintaa, kun puolestaan kestävä kehitys edellyttää tulevien sukupolvien tarpeiden huomioon ottamista. Tässä on Sallisen mukaan nähtävissä selvä ristiriita.⁴³ Toisaalta näiden periaatteiden yhteensovittaminen on samanlainen oikeudellinen ongelma kuin mikä tahansa muukin vastaava tilanne, jossa erisuuntaisten periaatteiden painottamista joudutaan punnitsemaan. Lienee selvää, että asukkaiden hyvinvoinnin nimissä ei voida tehdä toimenpiteitä, jotka tekisivät tyhjäksi kestävä kehityksen ja syrjäyttäisivät tulevat sukupolvet täysin. Myöskään tämän hetken kuntalaisten hyvinvointia ei voida täysin sivuuttaa kestävä kehityksen nimissä, vaan tulisi löytää tapauskohtaisesti jonkinlainen kompromissiratkaisu, jossa molemmat aspektit otetaan huomioon. Mäkinen näkee kestävä kehityksen osana oikeuden syvärakennetta. Tällöin se vaikuttaa taustalla koko oikeusjärjestykseen, eikä ristiriitaa synny, koska esimerkiksi asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen edellyttää pitkällä aikavälillä kestävä kehitystä.⁴⁴

Kunnat toteuttavat toimintaansa itsehallintonsa nojalla ominaispiirteidensä mukaan, kukin kunta tavallaan. Asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen ja kestävä kehityksen turvaaminen ilmentävät sitä suuntaa, johon kunnan toiminnan tulisi kehittyä, mutta epämääräisinä käsitteinä niille voi antaa monta tulkintaa, jolloin niillä voi olla jokseenkin erilainen merkitys eri kunnissa. Kestävä kehityksen tulkinta on lisäksi aina jossain määrin arvosidonnaista, jolloin yksiselitteinen määrittely ei ole mahdollista⁴⁵. Kestävä kehityksen periaatteen vastaiseksi voi katsoa toiminnan, joka on ilmeisessä ristiriidassa sen kanssa, eikä tämä säännöksen väljyyden vuoksi helposti toteudu⁴⁶. Mäkisen mukaan kestävä kehityksen periaatteen voi liittää kunnan toimialan määrittelyyn kunnan toiminta-ajatuksena. Tällöin sen vastainen toiminta olisi toimivallan ylittämistä. Toiminnan osoittaminen kestävä kehityksen periaatteen vastaiseksi on hänenkin mukaansa kuitenkin vaikeaa, mutta säännöksen väljyyden aiheuttamaa epämääräisyyttä voisi vähentää asettamalla periaatteen toteuttamiselle osatavoitteita.⁴⁷

⁴³ Sallinen 2007: 192–193.

⁴⁴ Mäkinen 2004: 23–24.

⁴⁵ Lohi & Salminen 1994: 27.

⁴⁶ Emt.: 188.

⁴⁷ Mäkinen 2004: 24, 26.

Mikäli kunta pyrkii toteuttamaan kestäväää kehitystä mahdollisimman hyvin, se ottaa esimerkiksi periaatteen ekologisen ulottuvuuden huomioon ympäristönäkökohtien painottamisena julkisissa hankinnoissa. Taloudellisen jatkuvuuden turvaamisen puolestaan voi katsoa edellyttävän hankintayhteistyökumppaneiden huolellista valintaa sekä yleensäkin pohdintaa siitä, tuottaako jokin hyödyke oman organisaation sisällä vaiko hankkia se muualta. Myös kunnilta edellytettävä kuntarajat ylittävä yhteistyö kestävään kehityksen turvaamisessa on otettava huomioon, kun kunta tekee ratkaisuja hankintojen toteuttamisesta. Kestävään kehityksen sosiaalisen ulottuvuuden yhdenvertaisuudella ja asukkaiden hyvinvoinnin edistämisellä on vaikutusta tällaisiin ratkaisuihin, kun niitä pohtii esimerkiksi työllisyysnäkökohdista. Jossain määrin kestävä kehitys sosiaalisine ulottuvuuksineen voisi puhua sen puolesta, että kunta säilyttäisi palveluntuotantoa myös itsellään. Kunnan omat työpaikat säilyvät kunnassa, kun taas palvelunhankinnoista hyötyvät yritykset eivät ole velvoitettuja kunnan alueella pysymiseen. Toisaalta, vaikka kunta ulkoistaisikin joitakin palveluja esimerkiksi ostamalla niitä jatkossa yksityisiltä palveluntuottajilta, oman tuotannon käynnistäminen on mahdollista myöhemmin uudestaan, mikäli yksityiset eivät enää jostain syystä kykenisi kyseisen palvelun tuottamiseen.

Kunnan päätöksentekoa ohjaavan vaikutuksen lisäksi kestävään kehityksen periaatteen voi nähdä sisäänkirjoitettuna hankintalakiin. Hankintojen sääntelyn pääperiaatteita – avoimuutta, tehokkuutta sekä tarjoajien tasapuolista ja syrjimätöntä kohtelua – on mahdollista katsoa myös kestävään kehityksen näkökulmasta. Myös ympäristönäkökohtien huomioon ottaminen luonnollisesti pyrkii toteuttamaan ekologisesti kestäväää kehitystä. Mikäli kestävään kehityksen periaate on osa oikeuden syvärakennetta, niin myös tässä sääntelyssä olisi syytäkin pystyä erottamaan viitteitä ja vaikutuksia periaatteesta. Julkisten varojen tehokas käyttö on osa taloudellisesti kestäväää kehitystä. Samoin tarjoajien tasapuolisen kohtelun voi katsoa toteuttavan sosiaalisesti kestäväää kehitystä, kun kaikille annetaan samanlaiset mahdollisuudet ja avoimuuden periaatteen kautta tämän toteutuminen voidaan varmistaa. Hankintasäännökset ja kilpailuttamisvelvollisuus estävät myös julkisilla varoilla perusteettomasti toteutettavan yksityisten tukemisen, kun hankinnoista ei pääse kukaan yksityinen hyötymään mielivaltaisesti, vaan hankinnat suoritetaan tiukohkojen menettelysäännösten mukaisesti, periaatteella ”paras” tarjous voittaa. Tämä tukee osaltaan yleisemminkin taloudellista jatkuvuutta, kun markkinoita ja kilpai-

luasetelmia ei vääristetä esimerkiksi tehottoman toiminnan tukemisella. Siten kunta toteuttaa kestävän kehityksen periaatetta hankinnoissaan, vaikka välttämättä tätä ei tiedosteta, vaan se tapahtuu hankintalainsäädännön soveltamisen kautta.

2.3. Hallinnon toissijaisuus ja tarkoitussidonnaisuus

Hallinnon toissijaisuusvaatimus ei perustu oikeusnormiin eikä sillä siten ole varsinaisesti oikeusvaikutuksia. Se ei myöskään ole ollut keskeisessä asemassa hyvinvointivaltion kehityksessä.⁴⁸ 1990-luvun taloudellisen laman seurauksena hallinnon purkamiseen on kuitenkin ollut paineita.⁴⁹ Vaikka tämän yksityistämiskehityksen taustalla on ollut enemmänkin taloudelliset intressit, niin faktisesti se kuitenkin toteuttaa hallinnon toissijaisuusperiaatetta. Kunnallisoikeudessa toissijaisuus tarkoittaa, että kunnan ei pidä ottaa hoitaakseen sellaisia tehtäviä, jotka yksityisten toimesta voitaisiin hoitaa tehokkaammin⁵⁰. Toisin sanoen kunta ottaa itselleen tehtäviä vain yleisen edun vaatimassa mitta-kaavassa.⁵¹ Yksityinen sektori voi olla haluton tai kykenemätön huolehtimaan joistain tehtävistä, jotka sinänsä ovat välttämättömiä yleisen edun huomioon ottaen. Syynä tähän voi olla esimerkiksi toiminnan kannattamattomuus.⁵²

Toisaalta hallinnon toissijaisuusperiaatteella voi katsoa olevan vaikutusta kunnan toimialaan. Yksityinen tehtäväkenttä voi olla kunnan yleisen toimialan laajuutta rajoittava tekijä, kun kunta ei voi ottaa hoitaakseen sellaisia tehtäviä, joita yksityinen jo hoitaa.⁵³ Taustaltaan ideologisen käsitteen tarkoitus on osoittaa yksityisen sektorin ja kunnan toiminnan raja⁵⁴. Ideologisuus tarkoittaa kuitenkin sitä, että tulkinta riippuu siitä, mistä yhteiskunnallisesta näkökulmasta sitä tarkastellaan⁵⁵.

⁴⁸ Rasinmäki 1997: 188.

⁴⁹ Hannus & Hallberg 2000: 83.

⁵⁰ Harjula & Prättälä 2001: 83; Mälkönen (2006: 3) liittyy tämän markkinoiden toimivuuteen: toimivassa markkinataloudessa julkisen sektorin tulisi tuottaa vain palveluja, joihin liittyviä omistusoikeuksia ei ole järkevää siirtää yksityisille, esimerkiksi palvelut, joille ei ole toimivia markkinoita.

⁵¹ Hannus & Hallberg 2000: 83.

⁵² Heuru 2001: 56.

⁵³ Sallinen 2007: 155.

⁵⁴ Emt.: 201–202.

⁵⁵ Hannus & Hallberg 2000: 83.

Sallinen esittää toissijaisuuden periaatteen hylkäämistä institutionaalisen tuen puutteen vuoksi. Hän näkee sen periaatteena, jota on perusteltu ristiriitaisesti, ja jolla ei enää ole merkitystä. Yksityisten harjoittama toiminta on voittoa tavoittelevaa toimintaa, eikä tällainen toiminta kuulu kunnan toimialaan jo spekulatiivisen toiminnan kiellon vuoksi.⁵⁶ Kunnan toimialaan ei kuulu spekulatiivinen liiketoiminta eli liiketoiminta, jonka tarkoituksena on pelkästään taloudellisen voiton tavoittelu. Sama periaate pätee kunnan osallistuessa yritystoimintaan esimerkiksi ostamalla osakeyhtiön osakkeita.⁵⁷ Sallinen katsookin hallinnon toissijaisuuden ja spekulatiivisen toiminnan kiellon periaatteet päällekkäisiksi, eikä näe tarvetta säilyttää toissijaisuuden periaatetta. Hän näkee myös periaatteen tarkoituksen – yksityisen ja julkisen toimintakentän erottamisen – mahdottomaksi eikä periaatteella siten olisi mitään käyttöarvoa.⁵⁸ Myös Ryynänen ja Heuru ovat katsoneet spekulatiivisen toiminnan kiellon ja hallinnon toissijaisuuden periaatteen päällekkäisiksi käsitteiksi⁵⁹. On kuitenkin pohdittava niin kutsutun kolmannen sektorin merkitystä tässä asetelmassa. Järjestösektorin voi mielestäni toissijaisuusperiaatteen tarkoittamassa jaottelussa laskea yksityiseen puoleen eli kunnasta erillisiin kuntalaisiin. Kansalaisjärjestöjen tarkoitus ei kuitenkaan ole pääasiallisesti tavoitella taloudellista voittoa. Mikäli järjestöt hoitavat jotakin tehtävää, ei kunta voisi sitä toissijaisuusperiaatteen mukaan itselleen ottaa ilman yleisen edun vaatimaa syytä. Kuitenkaan tällaiset tehtävät eivät kuuluisi spekulatiivisen toiminnan kiellon piiriin, eli tältä osin mielestäni nämä käsitteet voi erottaa toisistaan, eikä toissijaisuuden periaate siksi jää vaille merkitystä.

Rasinmäki ei hylkää toissijaisuuden periaatetta, vaan päinvastoin hänen mielestään toissijaisuuden periaate edellyttää jopa tehtävien ja palvelujen yksityistämistä tietyissä tilanteissa. Mikäli yksityissektori kykenisi hoitamaan jonkin kunnallisen tehtävän tai palvelun, tulisi se Rasinmäen mukaan siirtää yksityisen hoidettavaksi. Mikäli materiaallinen eli täydellinen yksityistäminen ei olisi mahdollista tai sallittua, tulisi kunnan kuitenkin pyrkiä antamaan tehtävä yksityisen hoidettavaksi säilyttäen järjestämisvastuun itsel-

⁵⁶ Sallinen 2007:

⁵⁷ Harjula & Prättälä 2001: 88. Sinänsä mikään ei estä sitä, että kunnan harjoittama liiketoiminta tuottaa voittoa. Toiminnan ensisijaisen tarkoituksen on kuitenkin oltava jokin muu, kunnan toimialaan kuuluva. Sallisen (2007: 197) mukaan kunnan harjoittaman liiketoiminnan tarkoitus on aina oltava asukkaiden hyvinvoinnin edistäminen.

⁵⁸ Sallinen 2007: 206–207.

⁵⁹ Heuru 2001:56; Ryynänen 2006: 4.

lään.⁶⁰ Tällä on yhteys kunnan hankintoihin siinä, että mikäli kunta päättää uudelleen organisoida esimerkiksi jonkin palvelunsa, eikä enää tuota sitä omana työnään, on sen otettava hallinnon toissijaisuusperiaate huomioon uudelleenorganisoinnissa. Toissijaisuuden vaatimuksen voi katsoa edellyttävän, että mikäli yksityisillä on mahdollisuus tämä palvelu tuottaa ja tehtävän siirto yksityiselle on lainsäädännön mukaan mahdollista, ei kunta voisi esimerkiksi siirtää tehtävää (hallintoon kuuluvalle) kuntayhtymälle tai kuntien yhteiselle toimielimelle.

Toissijaisuusperiaatteella on siis enemmän merkitystä kunnan ottaessa itselleen tehtäviä, sen ei voitane kuitenkaan katsoa *edellyttävän* toimintojen ulkoistamista; kuntalaissahan selkeästi ilmaistaan, että kunta voi hoitaa tehtävät ja tuottaa palvelut itse (2 §). Hankintalainsäädännöstä puhuttaessa onkin aina muistettava se seikka, että kunnalla ei ole velvollisuutta ostaa mitään ulkopuolisilta tuottajilta. Mikäli se kuitenkin niin päättää tehdä, on pohdittava hankintalainsäädännön soveltamista.

Kunnan luopuessa jonkin palvelun tuottamisesta, sen tulee ottaa huomioon myös tarkoitussidonnaisuuden periaate. Periaatteen mukaan kunnan tulee edistää ainoastaan sille lailla säädettyjä tavoitteita⁶¹. Periaatteen rikkomisen toteennäyttäminen on hyvin vaikeaa. Oikeusjärjestyksen vastaisen tarkoituksen omaavaan tehtävään ryhtyminen on kiellettyä, vaikka toiminta ei muodollista toimivaltaa ylittäisikään. Tällainen kunnan tehtäväpiirille vieras ja kielletty tarkoitus voi olla esimerkiksi palvelun tuottamisen siirtäminen kunnan organisaation ulkopuoliselle työnantajavelvoitteista vapautumiseksi saamatta kuitenkaan toimenpiteestä merkittävästi taloudellista hyötyä.⁶²

2.4. Kuntien yhteistyö

Kuntien yhteistoiminnan tavoitteena on kustannusten säästö ja palvelujen saatavuuden

⁶⁰ Rasinmäki 1997: 188. Rasinmäen mukaan toissijaisuusperiaate kattaa niin kunnalle säädetyt *tehtävät* kuin tehtävien hoitamiseksi välttämättömät *palvelutkin*.

⁶¹ Ryytänen 1999: 281. Kuntalain 1.3 §:n mukaan kunnan toiminnan tavoite on edistää asukkaiden hyvinvointia ja kestävää kehitystä alueellaan.

⁶² Heuru, Mennola & Ryytänen 2001: 175.

turvaaminen riittävän laajan käyttäjäkunnan kautta⁶³. Yhteistyö on kunnille vapaaehtois- ta lukuun ottamatta erikoissairaanhoidon, kehitysvammaisten erityishuoltoa ja alueellista suunnittelua, joiden osalta kuntien yhteistyö on kuntayhtymien ja maakunnan liittojen muodossa pakollista⁶⁴. Kuntalain 10 luvussa säädetään kuntien yhteistoiminnasta. Kunta voi siirtää tehtäviä yhteistoiminnassa hoidettavaksi aina, kun se harkintansa mukaan katsoo sen tarkoituksenmukaiseksi⁶⁵. Tämä koskee kunnan tehtäväpiiriä kokonaisuudes- saan. Vaikka kunta voi siis periaatteessa vapaasti päättää, järjestääkö tehtävänsä itse vai yhteistyössä muiden kuntien kanssa, kunnan aseman kansalaisten itsehallinnon perusyh- teisönä on katsottu edellyttävän, että se säilyttää pääosan *yleisen* toimialan piiriin kuu- luvista tehtävistä itsellään⁶⁶. Kuntalain 76.1 §:n mukaan kuntien yhteistoiminta perustuu sopimukseen. Kuntien yhteistyösopimuksella voidaan joko sopia kuntayhtymän perus- tamisesta – jolloin yhteistyötä voidaan määritellä johtosäännössä – tai yhteistyöstä muulla tavoin, jolloin yhteistyö jää pääosin vain kyseessä olevan sopimuksen määritte- lemäksi⁶⁷.

Edellä mainittujen lakiin perustuvien pakollisten kuntayhtymien lisäksi kuntayhtymiä voidaan perustaa ja niille antaa tehtäviä myös vapaaehtoiselta pohjalta. Kuntayhtymä on erillinen julkisoikeudellinen oikeushenkilö, joka perustetaan kuntien valtuustojen hy- väksymällä perussopimuksella.⁶⁸ Kuntalain 78 §:ssä säädetään niistä seikoista, joista on sovittava perussopimuksessa. Niitä ovat muiden muassa kuntayhtymän tehtävät, päätök- senteon järjestäminen, äänivallan perusteet yhtymäkokouksessa sekä jäsenkuntien osuus yhtymän varoista ja vastuu sen veloista. Kuntayhtymään sovelletaan kuntalain 86 §:ssä säädetyllä tavalla kuntaa koskevia säännöksiä. Kunnan tehtäviä voidaan antaa sopimuk- sella kuntayhtymän hoidettavaksi samoin perustein kuin toisen kunnan hoidettavaksi.⁶⁹ Kuntayhtymän tehtäviin ei voi kuulua sellaisia tehtäviä, joita ei ole perussopimuksella sille annettu lukuun ottamatta joitakin kiinteästi varsinaiseen tehtävään liittyviä tukitoi-

⁶³ KM 1993: 33: 293.

⁶⁴ Harjula & Prättälä 2001: 470–471.

⁶⁵ HE 192/1994 vp s. 138. Poikkeuksena tästä harkinnasta kuitenkin mainitut pakolliset kuntayhtymät.

⁶⁶ HE 192/1994 vp s. 138.

⁶⁷ Tosin kuntalaissa säädetään nykyisin myös kunnallisesta liikelaitoksesta, joten esimerkiksi yhteistyö isäntäkuntaan perustettavana liikelaitoksena ei jää ainoastaan sopimuksen määrittelemäksi. Onkin katsot- tu, että epäselvyyksien ilmetessä on selkeämpää, jos yhteistyöstä säädetään laissa, kuin jos riitojen ratkai- sussa jouduttaisiin ainoastaan tulkitsemaan sopimusta. Ks. Fant 2007: 27.

⁶⁸ Heuru ym.: 221.

⁶⁹ Hannus & Hallberg 2000: 504.

mintoja⁷⁰. Näidenkin on kuitenkin oltava sellaisia, että jäsenkunnan hoitamina ne kuuluisivat sen toimialaan⁷¹.

Kuntayhtymien lisäksi yhteistoimintaa voidaan siis toteuttaa sopimuksin. Sopimuksella voidaan antaa jokin tehtävä toisen kunnan tai toisen kunnan viranhaltijan hoidettavaksi. Tällöin tehtävä siirtyy vastaanottavan kunnan tehtäväpiiriin ja sovellettavaksi tulevat tämän kunnan johtosäännön määräykset⁷². Toiselle kunnalle annettuja tehtäviä varten voidaan kuntalain 77 §:n mukaan perustaa yhteinen toimielin siihen kuntaan, joka näitä tehtäviä toisten kuntien puolesta hoitaa. Näin myös muut sopijakunnat säilyttävät osallisuutensa kyseiseen yhteiseen tehtävään kohdistuvaan hallintoon⁷³. Toiselle kunnalle voidaan antaa myös kunnalle laissa säädettyjä tehtäviä (2.3 §). Mikäli lakisääteisen tehtävän osalta toimivaltaa on sallittua siirtää viranhaltijalle, se voidaan siirtää toisen kunnan viranhaltijalle samoin perustein. Toisen kunnan viranhaltijalle voidaan siis siirtää myös sellaisia tehtäviä, jotka sisältävät julkisen vallan käyttöä⁷⁴. Tällöin viranhaltija toimii virkavastuulla (76.3 §). Tällaisessa järjestelyssä kunta tavallaan myy viranhaltijan suorittamia palveluja toiselle kunnalle. Näiden tehtävien osalta viranhaltijalla on sama toimivalta kuin siinäkin kunnassa, jonka viranhaltija hän varsinaisesti on.⁷⁵

Yhteisten tehtävien hoitoa varten voidaan perustaa myös yhteinen virka, jolloin viranhaltijan velvollisuutena on hoitaa virkatehtäviään useammassa kunnassa. Viranhaltija on virkasuhteessa kaikkiin sopijakuntiin⁷⁶. Yhteiseen virkaan sovelletaan samoja kuntalain säännöksiä kuin kuntien omiinkin virkoihin. 45.2 §:n mukaan avoimeksi tuleva virka, joka ei sisällä julkisen vallan käyttöä, lakkautetaan. 46 §:ssä säädetään mahdollisuus muuttaa virkasuhde työsuhteeksi, mikäli se ei sisällä julkisen vallan käyttöä. Näin ollen

⁷⁰ Tällaisiksi sallituiksi tukitoiminnoiksi on katsottu esimerkiksi seuraavat: KHO 1978-A-II-20: Vajaa-mielislaissa tarkoitettua keskuslaitosta ylläpitävän kuntainliiton toimialaan kuului henkilökunnalle tarkoitettun vuokratalon rakennuttaminen; KHO 27.11.1981/5538 a: Ammatillisten oppilaitosten kuntainliiton toimialaan kuului oppilasarustolan rakentaminen; KHO 1985-A-II-40: Väestön erikoissairaanhoidon järjestävän ja aluesairaalaan hallinnoivan kuntainliiton toimialaan kuului kuntainliiton henkilökunnalle ja hallinnolle tarkoitettun virkistysalueen hankkiminen.

⁷¹ Harjula & Prättälä 2001: 482.

⁷² Heuru 2001: 439.

⁷³ Hannus 1982: 153.

⁷⁴ Aikaisemmin julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä ei voitu siirtää toisen kunnan viranhaltijalle, vaan tällaisia tehtäviä varten tuli perustaa yhteinen virka (Heuru 2001:439).

⁷⁵ Harjula & Prättälä 2001: 475.

⁷⁶ Emt.: 474. Työnantajavelvoitteista vastaa kuitenkin vain yksi kunta ja muut sopijakunnat osallistuvat kustannuksiin sopimuksen mukaisesti.

virkaa – myöskään yhteistä – ei tulisi perustaa sellaisten tehtävien hoitoon, jotka eivät sisällä julkisen vallan käyttöä⁷⁷.

Edellä kuvailut kuntalain tarkoittamat yhteistyön muodot ovat kuntien julkisoikeudellista yhteistyötä. Julkisoikeudellisella yhteistyöllä kunnat siis toimivat kuntayhtymissä tai sopivat keskenään viranomaistehtävien tai lakisääteisten tehtävien hoitamisesta⁷⁸. Usein tällaisesta yhteistyöstä tehtyjä sopimuksia kutsutaan julkisoikeudellisiksi sopimuksiksi. Heurun mukaan julkisoikeudellinen sopimus on julkisoikeudellisten oikeushenkilöiden julkisoikeudellisesta asiasta tekemä sopimus⁷⁹. Toisaalta on huomattava, että kunta voi hoitaa kuntalain yhteistoimintasäännöksiä noudattaen myös yleiseen toimialaan sisältyviä tehtäviä, joten yhteistoiminnassa toteutettavan tehtävän luonteesta ei suoraan voi päätellä sopimuksen luonnetta julkis- tai yksityisoikeudellisena sopimuksena. Hannus ja Hallberg hakevat yksityisoikeudellisen ja julkisoikeudellisen sopimuksen välistä eroa siten, että sopimus on yksityisoikeudellinen, mikäli sen kohteena oleva tehtävien hoito voisi tulla kyseeseen myös yksityisten yhteisöjen kesken. Tällöin esimerkiksi kunnan liikelaitosten palvelusten käyttöä koskeva sopimus olisi yksityisoikeudellinen.⁸⁰ Myös Mäenpää lukee yksityisoikeudellisiksi sellaiset palvelun hankintaan liittyvät sopimukset, jollaisia myös yksityiset elinkeinonharjoittajat tekevät.⁸¹ Julkisoikeudellisen sopimuksen käsite ja sen erottaminen yksityisoikeudellisesta sopimuksesta ei ole kaikissa tapauksissa helppoa, mutta hankintalain soveltamisessa ei välittömästi olekaan merkitystä sopimuksen juridisella luonteella.⁸²

Kuntalaissa ei ole säännöksiä kuntien yksityisoikeudellisesta yhteistyöstä. Yleisesti ottaen kuntien käytettävissä ovat kaikki yleisen lain tarjoamat yhteistoimintamuodot, koska kunta on yksityisoikeudellisessa mielessä oikeustoimikelpoinen juridinen henkilö. Toiminnan on kuitenkin kuuluttava kunnan toimialaan; tällöin siis toiminnan laatu on ratkaisevaa, ei niinkään sopimusjärjestelyn oikeudellinen muoto.⁸³

⁷⁷ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 59.

⁷⁸ Mäkinen 2007: 206.

⁷⁹ Heuru 2001: 61.

⁸⁰ Hannus & Hallberg 2000: 508–509.

⁸¹ Mäenpää 1989: 87–91. Mäenpää kutsuu viranomaisten sopimuksia yleensä nimellä *hallintosopimus* ja tässä yhteydessä käyttää nimitystä *yksityisoikeudellinen hallintosopimus*.

⁸² Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 62.

⁸³ Heuru ym. 2001: 229.

Kunta ei voi hoitaa sille laissa säädettyjä tehtäviä ja niihin liittyvää päätösvaltaa käyttäen yhteistyössä toisen kunnan kanssa yksityisoikeudellisessa muodossa, eli yksityisoikeudellisella sopimuksella ei voida kajoa kunnan julkisoikeudelliseen toimivaltaan. Sen sijaan näiden tehtävien hoitamiseksi tarpeellisten palvelujen hankkiminen ja yleiseen toimialaan sisältyvät tehtävät kunnat voivat toteuttaa yhteistyössä harkintansa mukaan joko kuntalain tarkoittamalla tavalla tai yksityisoikeudellisin sopimuksin taikka esimerkiksi perustamalla yhdessä osakeyhtiö, joka onkin lienee käytännössä yleisin yksityisoikeudellinen yhteistoiminnan muoto.⁸⁴ Yksityisoikeudellisiin yhteisöihin sovelletaan niistä voimassa olevia säännöksiä riippumatta siitä, onko jäsenenä tai omistajana kuntia tai kuntayhtymiä, eivätkä kunnat omistajina ole siten Hannuksen ja Hallbergin mukaan erityisasemassa⁸⁵. Valkama pitää tätä näkemystä rajoittuneena, koska kunnallisesta omistajuudesta ja määräysvallasta on annettu erityissäännöksiä yhtiöoikeuden ulkopuolella. Siten kuntien omistamat yhtiöt ja yksityiset yhtiöt eivät olisi markkinoilla toimiesaan samassa asemassa.⁸⁶

Kunnan siirtäessä palveluntuotantoaan yhteistyöjärjestelyin toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle, on kyse palvelun ulkoistamisesta. Palvelun tuotanto saattaa siis siirtyä pois paitsi kunnan organisaatiosta, myös kunnan alueelta. Tällaisessa tilanteessa kunnan alueella mahdollisesti toimiva palveluntuottaja ei voi kilpailla tehtävän saamisesta itselleen, jos kyseessä on sellainen yhteistyöjärjestely, jota ei tarvitse kilpailuttaa. Tällainen voisi olla esimerkiksi hallinnolliseksi uudelleenjärjestelyksi katsottava kuntayhtymän perustaminen jotakin tehtävää hoitamaan. Myös kunnallisten palvelujen yhtiöittäminen ja säätiöittäminen voidaan suorittaa ilman, että ulkopuolisilla olisi mahdollisuus kilpailulla tuon palvelun tuottamisen saamisesta itselleen. Tämä johtaa siihen, että yksityiset palveluntuottajat eivät ole samassa asemassa julkisten kanssa markkinoilla. Kuntayhtymät hyötyvät kilpailullisesti lisäksi siitä, että jäsenkunnat saattavat joutua maksamaan kuntayhtymän kustannuksia joka tapauksessa, joten sen ei ole järkevää antaa toimek-

⁸⁴ Harjula & Prättälä 2001: 469; Heuru 2001: 63; Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 60.

⁸⁵ Hannus & Hallberg 2000: 509.

⁸⁶ Valkama 2004: 165.

siantoja muille palveluntuottajille.⁸⁷

Yhteistoiminnassa on otettava huomioon myös kunnan asema kuntalaisten itsehallinnon välineenä. Mikäli toimintoja hoidetaan entistä enemmän ja monimutkaisemmin rakentein yhteistyössä, on vaarana kokonaisuuden hahmottamisen vaikeutuminen ja kansalaisten vaikutusmahdollisuuksien vaikeutuminen ja heikentyminen. Moninaiset ja vaikeaselkoiset sopimussuhteet ovat kyseenalaisia kansalaisten osallistumisen kannalta. Kuntalaisten vaikutusmahdollisuuksia ja toiminnan avoimuuden vähentymistä tulee arvioida myös erilaisissa yksityisoikeudellisissa toimintamalleissa ja yhteistyöjärjestelyissä yksityisten toimijoiden kanssa.⁸⁸ Kunnan tulee toimintaansa suunnitellessaan siis pitää mielessä kunnan olemassaolon perustarkoitus eli asukkaiden itsehallinnon välineenä toimiminen ja heidän hyvinvointinsa edistäminen. Kunnan vapaus hoitaa tehtäviänsä itse tai yhteistyössä toisten kuntien kanssa, ja toisaalta mahdollisuus hankkia näiden tehtävien hoitamisessa tarpeellisia palveluita myös yksityisiltä, ei saisi olla itsetarkoitus vaan väline kuntalaisten hyvinvoinnin edistämiseksi. Tällöin kunnan tulisi valita toimintamalleista se, joka toteuttaa tätä tarkoitusta parhaiten ja takaa kuntalaisille edelleen heille kuuluvat osallistumisoikeudet ja niiden toteuttamiseksi tarvittavan avoimuuden.

⁸⁷ Valkama 2004: 229–232. Palvelujen ulkoistaminen ilman kilpailutusta vähentää siis kilpailuneutraliteettia. Valkaman mukaan myös hankintasäännökset yleisesti aiheuttavat kilpailun epäneutraliteettia asettamalla julkiset palveluntuottajat eri asemaan verrattuna yksityisiin asettamalla tiukat menettelytapasäännökset tuki- ja kunnossapitopalvelujensa sekä aliurakoidensa ynnä muiden hankintaan (Valkama 2004: 237–238).

⁸⁸ Ryynänen 1999: 299; Mäkinen 2007: 206.

3. JULKISET HANKINNAT

3.1. Julkisten hankintojen sääntely

Perimmäisenä ajatuksena julkisten hankintojen sääntelyn taustalla Euroopan tasolla on se, että kansainvälisen kilpailun puuttuminen on saattanut synnyttää huomattavia lisäkustannuksia kansantalouksille ja veronmaksajille, kun hankinnoissa on suosimalla kotimaisia toimittajia ylläpidetty tehotontakin toimintaa⁸⁹. Toisin sanoen tavoitteena on ollut toimivien markkinoiden luominen ja se, että valtiot eivät aiheottomasti puutu markkinoiden toimintaan.⁹⁰ Suomessa ennen hankintalain säätämistä on julkisen sektorin kaupankäyntiä käytetty välineenä elinkeino-, työllisyys- ja sosiaalipolitiikan harjoittamisessa.⁹¹ Ennen vuoden 1992 hankintalain (laki julkisista hankinnoista 23.12.1992/1505) säätämistä julkisten hankintojen sääntely oli Suomen osalta melko niukkaa ja hajanaista perustuen lähinnä valtion hankinnoista annettuun asetukseen (1070/1979). Kunnallishallinnon hankintoja ei lailla tai asetuksella ollut säännelty lainkaan. Käytännössä kuntien hankinnat toteutettiin kuntien keskusjärjestöjen suositusten pohjalta laadittujen omien hankintaohjeiden mukaisesti. Näissä keskeisinä periaatteina olivat taloudellisuus ja tarkoituksenmukaisuus. Hankintalain säätämisen taustalla oli ensinnäkin ETA-sopimuksen (Sopimus Euroopan Talousalueesta) velvoitteiden täyttäminen ja toiseksi kilpailun lisääminen julkisten hankintojen osalta ja tätä kautta kustannussäästöt. Myös tarjoajien oikeuksien turvaaminen katsottiin tarpeelliseksi.⁹²

Hankintalakia muutettiin useaan otteeseen, esimerkiksi vuonna 1997 (19.12.1997/1247), jolloin tavoitteena oli edelleen kilpailun lisääminen eräissä rakentamishankkeissa, oikeusturvakeinojen tehostaminen sekä lain selkiyttäminen.⁹³ Hankintalain lisäksi hankintoja on säännelty hankinta-asetuksella ja peruspalveluasetuksella, joilla saatettiin voimaan palveluhankintoja, tavarahankintoja, rakennusurakoita sekä peruspalvelualan hankintoja koskevat direktiivit⁹⁴.

⁸⁹ Joutsamo, Aalto, Kaila & Maunu 2000: 501–502.

⁹⁰ Alkio & Wik 2004: 5.

⁹¹ Laurinen 1997: 11.

⁹² HE 154/1992 vp s. 1–6.

⁹³ HE 69/1997 vp s. 1–2.

⁹⁴ Asetus kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista (29.5.1998/380);

Uusien hankintasäädösten (jatkossa 30.3.2007 annettua lakia julkisista hankinnoista kutsutaan hankintalaksi) taustalla on kahden Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin kansallinen voimaansaattaminen ja hankintasäännösten saattaminen EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaiseksi⁹⁵. Hankintadirektiivien tarkoitus on alun alkaenkin ollut hankintamenettelyjen yhdenmukaistaminen ja uusimmilla direktiiveillä pyrittiin yksinkertaistamaan ja selkiyttämään lainsäädäntöä kokoamalla yhteen hankintoja koskevia direktiivejä. Direktiivien sisäinen rakenne myös muodostettiin johdonmukaisemmaksi mukailemaan hankintamenettelyn kulkua.⁹⁶ Uusilla hankintadirektiiveillä pyrittiin myös selkiyttämään esiintyneitä epäjohdonmukaisuuksia. Lisäksi huomioitiin tarve joustavammalle sääntelylle.⁹⁷

Terveen ja tehokkaan kilpailun edistämiseksi ja julkisen sektorin hankintoja koskevan päätöksentekoprosessin avoimuuden ja läpinäkyvyyden lisäämiseksi on ollut tarpeen säännellä hankintamenettelyistä tarkemmin⁹⁸. Hankintalain tarkoituksena onkin velvoittaa hankintayksiköt kilpailuttamaan hankintansa. Laissa säädetään kilpailuttamisen menettelytavoista ja noudatettavista periaatteista.⁹⁹ Sääntelyn pääperiaatteita ovat kilpailuttamisen avoimuus, tehokkuus sekä tarjoajien tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu. Tehokkuudella on yhteys keskeiseen tavoitteeseen eli julkisen sektorin kustannusten säästöihin. Tehokkuus toteutetaan käytännössä niin, että olemassa olevat kilpailuolosuhteet käytetään hyödyksi ja tarjouksista valitaan halvin tai kokonaistaloudellisesti edullisin (Hankintalaki 1.2 § ja 62 §). Avoimuusperiaate velvoittaa hankintayksikön muun muas-

Asetus kynnysarvot ylittävistä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (29.5.1998/381); Neuvoston direktiivi (92/50/ETY) julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta; Neuvoston direktiivi (93/36/ETY) julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta; Neuvoston direktiivi (93/37/ETY) julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta; Neuvoston direktiivi (93/38/ETY) vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

⁹⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivit (2004/18/EY) julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta sekä (2004/17/EY) vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta. Jatkossa hankintadirektiivi ja peruspalveludirektiivi.

⁹⁶ Talous- ja sosiaalikomitean lausunto aiheesta ”Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisia palveluhankintoja, julkisia tavaranhankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta”: 8.

⁹⁷ Ramsey 2006: 290–291.

⁹⁸ Alkio & Wik 2004: 810.

⁹⁹ Hankintalakityöryhmän muistio 2004: 17.

sa ilmoittamaan hankinnasta riittävässä laajuudessa sekä toteuttamaan kilpailuttamisen siten, että myös jälkikäteen on todennettavissa toimintatapojen lainmukaisuus¹⁰⁰. Avoiuusperiaatteen toteutuminen mahdollistaa yhdenvertaisen ja syrjimättömän kohtelun periaatteen noudattamisen valvonnan. Yhdenvertainen ja syrjimätön kohtelu edellyttää, että hankinnan kilpailutuksen kaikissa vaiheissa tarjoajia kohdellaan samoin perustein eikä heitä saateta eri asemaan esimerkiksi kansallisuuden tai sijoittautumispaikan perusteella.¹⁰¹ Unionin avoin hankintamenettely ja toisen jäsenmaan tarjoajan kohtelu samoin perustein on myös taloudellisesti hyödyllisintä sekä kansalliselle taloudelle että laajemmassa mittakaavassa, kun tuottajien tehokkuus korostuu eikä kansallisia varoja käytetä tehottoman tuotannon ylläpitoon¹⁰².

3.2. Hankintalainsäädännön soveltamisalasta

Keskeiset käsitteet julkisissa hankinnoissa liittyvät hankintalainsäädännön soveltamisalaan. Jotta hankintalaki tulisi sovellettavaksi, on yksikön oltava laissa tarkoitettu hankintayksikkö ja hankinnan sovittava hankinnan määritelmään. Hankintasopimus on määritelty hankintalaissa rakennusurakan toteuttamiseksi, tavaran hankinnaksi tai palvelun suorittamiseksi taloudellista vastiketta vastaan tehtyä kirjallista sopimusta (5.1 § 1 kohta). *Rakennusurakka* on rakennustyön tai rakennusurakan toteuttaminen tai suunnittelu ja toteuttaminen yhdessä (2 kohta). Tavarahankintasopimuksen kohteena on tavaroiden osto, leasing, vuokraus tai osamaksulla hankkiminen ostooptioon tai ilman niitä (3 kohta). *Palvelun hankinnaksi* katsotaan sellainen hankinta, joka ei ole rakennusurakka tai tavaran hankinta (4 kohta). Palvelun hankinta on myös sellainen hankinta, joka sisältää sekä tavaroita että palveluja ja jossa hankittavan palvelun arvo on suurempi. Myös palvelun ohella rakennustöitä sisältävä hankinta on palvelunhankinta. *Käyttöoikeusurakka* on muuten samanlainen kuin rakennusurakka, mutta rakennustyön vastikkeena on joko yksinomaan rakennettavan kohteen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä (5 kohta). *Palveluja koskeva käyttöoikeussopimus* on samanlainen, mutta sisäl-

¹⁰⁰ Kuoppamäki 2001: 228.

¹⁰¹ Hankintalakitöryhmän muistio 2004: 19.

¹⁰² Meireles 2006: 166–167. Tosin yli rajojen tapahtuvassa palvelujen tarjoamisessa on ongelmana suu-remmat kustannukset sekä kielelliset ja kulttuuriset erot (Ramsey 2006: 292).

tää korvauksena tai sen osana siis palvelujen käyttöoikeuden (6 kohta).

Hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle on rajattu 7 §:ssä salassa pidettävät hankinnat, sotilaalliseen käyttöön tarkoitettujen hyödykkeiden hankinnat sekä erinäiset kansainvälisin sopimuksin säännellyt hankinnat. 8 §:ssä on lisäksi luettelo palveluhankintoja koskevista poikkeuksista soveltamisalaan; hankintalakia ei sovelleta esimerkiksi välimies- ja sovittelupalveluihin eikä työsopimuksiin.

Yksinoikeuden perusteella tehtäviä hankintoja koskee hankintalain 12 §. Siinä suljetaan lain soveltamisalan ulkopuolelle palveluhankinnat, jotka tehdään toiselta hankintayksiköltä sille lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä annetun yksinoikeuden perusteella. Lakisääteisten tehtävien hoitaminen yhteistoiminnassa – sikäli kun se on sallittua muiden säädösten estämättä – toteutetaan kuntalain tarkoittamalla tavalla julkisoikeudellisesti¹⁰³. Hankintalakia ei myöskään sovelleta sellaisiin tapauksiin, jossa kunta käyttää lakisääteisen kuntayhtymän palveluja¹⁰⁴. Tällöinhän kunnan on kuuluttava kuntayhtymään ja käytettävä sen palveluja tietyllä alalla, eikä hankintalainsäädännön soveltaminen olisi edes mielekäästä.

Hankintalain 6 § sisältää hankintayksikön määritelmän. Hankintayksiköitä ovat sen mukaan:

- valtion, kuntien ja kuntaliittojen viranomaiset sekä evankelisluterilainen ja ortodoksinen kirkko seurakuntineen
- valtion liikelaitokset
- julkisoikeudelliset laitokset sekä
- mikä tahansa yksikkö yli puolen hankinnan rahoituksesta tullessa joltakin edellä mainitulta.

Selkeästi ilman suurempia tulkintaongelmia hankintayksiköihin kuuluvat valtion ja kuntien viranomaiset. Valtion viranomaisia ovat mm. keskushallintoviranomaiset ja lääninhallitukset, kuntien viranomaisiin lukeutuvat puolestaan kunnanvaltuustot ja

¹⁰³ Harjula & Prättälä 2001: 474; Heuru ym. 2001: 215.

¹⁰⁴ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 63.

-hallitukset, lautakunnat, johtokunnat ja toimikunnat sekä päätösvallasta riippuen myös yksittäiset viranhaltijat.¹⁰⁵

3.2.1. Julkisoikeudellinen laitos hankintayksikkönä

Julkisoikeudellinen laitos ei ole käsitteenä yksiselitteinen tai tarkka, vaikka se onkin määritelty laissa. Julkisoikeudellinen laitos on hankintalain (6.1 §) määritelmän mukaan sellainen oikeushenkilö, joka on perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole taloudellista tai kaupallista luonnetta. Lisäehtoina ovat pääasiallisen rahoituksen saaminen muulta hankintayksiköltä sekä jonkin muun edellä mainitun hankintayksikön valvonnassa oleminen tai jonkin johto- tai valvontaelimen jäsenistöstä tulee yli puolet olla em. hankintayksikön nimittämiä. Rahoitukseen viittaava ehto tarkoittaa yleisesti toiminnan rahoitusta. Yksittäinen hankintahan kuuluu lain soveltamisalan piiriin, mikäli yli puolet sen rahoituksesta tulee hankintayksiköltä, riippumatta mikä on hankintaa tekevän yksikön asema. Hankintalakiuudistuksessa julkisoikeudellisen laitoksen määritelmä pysyi sisällöllisesti samana, vaikka sanamuodoltaan muuttuikin.

Julkisoikeudellisen laitoksen kaikkien tunnusmerkkien on täytyttävä, jotta se olisi hankintalaissa tarkoitettu hankintayksikkö. Sen toiminnan on siis oltava yleisen edun mukaista ja muuta kuin taloudellista tai kaupallista sekä jollain muulla lain tarkoittamalla julkisyhteisöllä on oltava siihen määräysvalta.¹⁰⁶ Julkisoikeudellisen laitoksen tunnusmerkit tavoittelevat yksikön aseman määräytymistä hankintayksiköksi toiminnan todellisen luonteen mukaisesti, ei pelkästään muodollisten seikkojen perusteella. Näin ollen esimerkiksi yhtiöiden perustamisella ei voi välttyä hankintasäännösten soveltamiselta.¹⁰⁷ Tällä on liityntä kilpailuoikeudessa yleiseen ajatusmalliin, jonka mukaan tärkeintä on menettelyn tarkoitus ja vaikutukset, ei niinkään juridinen muoto¹⁰⁸.

¹⁰⁵ HE 154/1992 vp s. 13. Virka- ja työsopimussuhteessa olevien henkilöiden erilaista asemaa hankinnossa on pohtinut Kalima (1996: 41–44): Myös työsopimussuhteessa oleva henkilö voidaan lukea hankintayksiköksi, mikäli hankinnan tekemisen ei katsota olevan julkisen vallan käyttöä. Työsopimussuhteisella henkilöllä ei kuitenkaan tulisi olla merkittävää hankintatoimivaltaa tai ainakin hankinta tulisi hyväksyttävä virkasuhteessa olevalla henkilöllä.

¹⁰⁶ Alkio & Wik 2004: 816.

¹⁰⁷ Kuoppamäki 2000: 232.

¹⁰⁸ Määttä 2004: 37.

Julkisoikeudellisen laitoksen tunnusmerkeistä tulkinnanvarainen on erityisesti ollut yleisen edun mukainen toiminta ilman taloudellista tai kaupallista luonnetta¹⁰⁹. Seuraavaa tapausta käytetään taajaan malliesimerkkinä puhuttaessa hankintayksikköaseman määrittämisestä erityisesti yleisen edun mukaisen toiminnan ja sen kaupallisuuden tai teollisuuden kannalta.

Vuosikirjaratkaisussaan 2005:63 Korkein hallinto-oikeus (KHO) ratkaisi tapauksen, jota käsitteli alun perin kilpailuneuvosto, joka pyysi ennakkoratkaisun Euroopan yhteisöjen tuomioistuimelta. Tämän jälkeen asia siirtyi markkinaoikeudelle, jonka jälkeen sitä käsitteli siis KHO. Tapauksessa Varkauden kaupungin kokonaan omistama osakeyhtiö oli hankkimassa tarjouskilpailun kautta rakennusten suunnittelua ja rakentamista. Yhtiön hallituksen kaikki jäsenet olivat Varkauden kaupungin viranhaltijoita. Yhtiön toiminta-ajatuksena oli luoda uusia toimitiloja informaatioteknologiayrityksille.

Ennakkoratkaisupyynnössä EY-tuomioistuimelta kysyttiin osakeyhtiön lukeutumista hankintayksiköihin. Tämä lausui tuomiossaan (22.5.2003 tapauksessa C-18/01), että paikallisen tai alueellisen julkisyhteisön perustama, omistama ja johtama osakeyhtiö toteutti yleisen edun mukaisia tarpeita, kun sen toiminta muodostui yksityisten yritysten käyttöön tarkoitettujen toimitilojen rakentamiseksi tarvittavien palvelujen hankkimisesta julkisyhteisön alueella. Kansallisen tuomioistuimen harjoittavaksi se jätti kyseessä olevan toiminnan kaupallisuuden ja teollisuuden ohjeistaen sitä ottamaan pohdinnassaan huomioon yhtiön perustamisolosuhteet, toiminnan harjoittamisen edellytykset, riskeistä vastaamisen ja mahdollisen julkisen rahoituksen.

KHO korosti, että koska osakeyhtiö oli hankintaa tehdessään Varkauden kaupungin omistuksessa ja valvonnassa, muodostui ratkaisevaksi kysymykseksi hankintalain soveltamisen kannalta, onko yhtiö perustettu hoitamaan yleisen edun mukaisia tehtäviä ilman kaupallista tai teollista tarkoitusta. Se katsoi, että osakeyhtiön toiminta oli ainakin osittain yleisen edun tarpeiden tyydyttämistä eikä kunnan toimialaan kuulu puhtaasti liiketaloudellinen toiminta. Merkitykseltään vähäininkin tämänkaltaisen toiminta on riittävä peruste sille, että yksikkö on hankintalain tarkoittama hankintayksikkö.

KHO katsoi, että voiton tavoittelun ei ollut osoitettu olevan yhtiön ensisijainen intressi, eikä se myöskään pitänyt poissuljettuna, että Varkauden kaupunki olisi yhtiön rahoittajana, omistajana ja hallintoon osallistuvana osallistunut riskeistä vastaamiseen. Näillä perusteilla KHO totesi, että tarpeet, joita varten yhtiö oli perustettu, olivat paitsi yleisen edun mukaisia, myös ainakin osittain muita kuin kaupallisia tai teollisia. KHO katsoi osakeyhtiön olevan hankintalaissa tarkoitettu hankintayksikkö.

¹⁰⁹ Luonteeltaan muiden kuin teollisten tai kaupallisten yleisen edun mukaisten tarpeiden ja toisaalta luonteeltaan teollisten tai kaupallisten yleisen edun mukaisten tarpeiden välillä on ero. Kaikki yleisen edun mukaiset tarpeet eivät siis ole luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupallisia. Esim. Tapaus C-360/96 tuomion kohta 36.

Tapauksesta on nostettavissa esiin muutamia keskeisiä julkisoikeudellisen laitoksen tunnusmerkkejä. Selvää oli, että hankintayksikön määräysvallassa olemisen kriteeri täyttyi, olihan osakeyhtiö hankintahetkellä hankintayksikön omistuksessa ja valvonnassa. Elinkeinoelämän edellytysten parantamisen julkisyhteisön alueella katsottiin olevan yleisen edun mukaista toimintaa. Toiminta ei myöskään kokonaan ollut kaupallista ja teollista, koska yhtiön pääasiallisena tarkoituksena ei ollut voiton tavoittelu. Merkitystä oli myös sillä, että hankintayksikkö rahoittajana oli todennäköisesti ainakin osavastuussa liiketoiminnan riskeistä.

Mielenkiintoista on myös se, että hankintayksikön toiminnan ei katsottu voivan olla ainoastaan kaupallista, sillä se oli Varkauden kaupungin omistuksessa eikä puhtaasti liiketaloudellinen toiminta kuulu kunnan toimialaan. Voitaisiinko tästä siis päätellä, että kunnan omistamalla osakeyhtiöllä voi *aina* katsoa olevan muutakin kuin kaupalliseksi luokiteltavaa toimintaa hankintalain soveltamista arvioitaessa? Tällöin kaikki kunnan määräysvallassa olevat yksiköt olisivat julkisoikeudellisina laitoksina hankintayksiköitä, mikäli toiminnan tarkoituksena ainakin osittain olisi yleisen edun mukaisten tyydyttäminen. Asiaa on pohtinut ainakin Sallinen, jonka mukaan kunnan itselleen ottama ainoastaan kaupallinen tai teollinen toiminta ei ole mahdollista ja siten kaikki kunnan yhtiöt olisivat hankintayksiköitä¹¹⁰. Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mukaan kuntien määräämisvallassa olevat yhtiöt ovat pääsääntöisesti hankintalain mukaisia hankintayksiköitä, koska kunnan toimialaan ei kuulu puhtaasti liiketaloudellinen toiminta¹¹¹.

3.2.2. Hankinta

Hankintayksikön lisäksi itse hankinnan määrittely on keskeistä hankintalain soveltamisen kannalta. Hankintadirektiivin 1 artiklan 2 a-kohdassa hankinta määritellään rahallista vastiketta vastaan tehdyksi kirjalliseksi sopimukseksi, jonka tarkoituksena on rakennus-

¹¹⁰ Sallinen 2007: 259–260.

¹¹¹ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 62.

urakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen. Vastaava määritelmä on kirjattu uuden hankintalain 5.1 §:n. Vuoden 1994 hankintalaissa määritelmä oli samuudoltaan hieman erilainen. Uudessa hankintalaissa olevat hankintasopimusten määritelmät on pyritty kirjoittamaan siten, että ne vastaisivat tarkemmin hankintadirektiivin määritelmiä. Hankinnan käsite on hyvin laaja ja se kattaa lähtökohtaisesti kaikenlaiset hankintayksiköiden toteuttamat hyödykkeiden hankinnat¹¹². Myös esimerkiksi leasing-sopimukset ja vuokraus mahtuvat hankinnan määritelmään. Omaisuuden myyminen ja ulosvuokraus eivät kuitenkaan kuulu lain soveltamisalaan¹¹³.

Sinänsä melko selvää hankinnan käsitteen soveltamisessa on se, että hankinnan katsotaan aina olevan hankintalain tarkoittama julkinen hankinta, jos hankintayksikkö on päättänyt sen kilpailuttaa hankintalain mukaisesti¹¹⁴. Uuden hankintalain voimaan tullessa tämä koskee luonnollisesti vain kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintoja¹¹⁵.

Markkinaoikeuden ratkaisussa 10.12.2002/167 oli kyse Keski-Suomen sairaanhoitopiirin kuntayhtymän hankkimista leikkaustoimenpiteistä. Markkinaoikeuden ratkaisun mukaan julkisia hankintoja koskevat menettelysäännökset eivät koske tilannetta, jossa palvelu tuotetaan hankintayksikön sisäisenä työnä, eikä tilannetta jossa yliopistosairaala tuottaa palveluja sairaanhoitopiirille erikoissairaanhoitolain nojalla. Keski-Suomen sairaanhoitopiiri kuuluu Kuopion yliopistollisen sairaalan vastuualueeseen, joten se oli ihan oikein katsonut voivansa kilpailuttamatta jatkaa palvelujen ostamista KYS:lta. Kuitenkin sairaanhoitopiiri lähetti tarjouspyynnön kolmelle yliopistolliselle sairaalalle ja kahdelle yksityissairaalalle. Markkinaoikeus katsoi, että jos hankintayksikkö päättää kilpailuttaa hankinnan, on hankinta tällöin hankintalain mukainen hankinta ja hankintalain säännöksiä on noudatettava.

Tapauksessa oli kyse erikoissairaanhoitolain nojalla kilpailuttamatta hankituista palveluista. Kuitenkin, kun hankintayksikkö ryhtyi kilpailuttamaan hankintaa, sen täytyi silloin noudattaa hankintalain säännöksiä. Saman voi katsoa koskevan tilannetta, jossa alun perin omana työnä toteutettu päätetään kilpailuttaa, vaikka omana työnä toteuttaminen ei sinänsä olekaan julkinen hankinta eikä siten kuulu hankintalain soveltamisalan piiriin.

¹¹² Kuoppamäki 2001: 236.

¹¹³ HE 50/2006 vp s. 55.

¹¹⁴ Virtanen 2003: 519.

¹¹⁵ Seuraavassa luvussa enemmän kansallisten kynnysarvojen alle jäävistä hankinnoista ja niissä noudatettavista säännöistä.

Hankinnan määrittelyminen ei kaikissa tapauksissa ole aivan yksikertaista. Markkinaoikeus on useasti joutunut ottamaan kantaa toimivaltaansa kysymyksissä, jossa toiminnan kuuluminen hankintalain soveltamisalaan on kyseenalaista. Rajatapauksissa ratkaisun tekeminen voi olla vaikeaa.¹¹⁶ Hankintalain esitöissä huomiota on kiinnitetty sellaisiin sopimuksiin, joissa hankinnaksi voidaan määritellä vain jokin pieni osa. Hankinnan käsitteen tunnusmerkkeihin on katsottu kiinteästi kuuluvaksi vastikkeellisuus. Lain määritelmässäkin on ilmaistu *taloudellista vastiketta vastaan*.¹¹⁷ Tällaisen sopimuksen taloudellinen arvo voi ilmetä monella tavalla, sen ei tarvitse olla suoranaisesti rahaa¹¹⁸. Hankintalakia sovelletaan myös sellaisiin tapauksiin, joissa tosiasiallisesti kyse on hankinnasta, vaikka vastike suoritetaan esimerkiksi tuen muodossa. Tällä pyritään osaltaan estämään säännösten kiertämistä.¹¹⁹ Seuraavassa on tarkoituksena etsiä joitain rajanvetoja siihen, miten ensinnäkin sopimuskokonaisuudesta voidaan erottaa hankinta ja toisekseen, mitä sopimuksesta koituvalla taloudellisella hyödyllä on tarkoitettu.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa 1.12.1999/3887 oli kyse kilpailuneuvoston toimivallasta ja julkisen hankinnan käsitteen määrittelymisestä. Helsingin kaupungin liikennelaitos oli tarjouspyynnöllä etsinyt yhteistyökumppaniksi ilmaislehden kustantajaa ja julkaisijaa tarkoituksenaan saada tuloja sallimalla ilmaislehden jakelun asemillaan ja liikennevälineissään. Yksi korvauksen muoto olisi ollut ilmoitustila kyseisessä ilmaislehdessä.

Hakemuksessa kilpailuneuvostolle katsottiin, että Helsingin kaupungin liikennelaitoksen olisi pitänyt noudattaa hankintalakia hankkiessaan ilmoitustilaa lehdestä. Kilpailuneuvosto jätti hakemuksen tutkimatta, koska ei katsonut olevansa toimivaltainen asiassa.

Korkein hallinto-oikeus totesi ratkaisussaan, ettei hankintalain soveltamisalaan kuulu sellainen toiminta, jonka tarkoituksena on tuottaa tuloa hankintayksikölle. Se katsoi, että ilmoitustilan hankkiminen ei ollut pääosassa sopimuksessa. Kokonaisuus ei siten ollut julkinen hankinta, vaikka erikseen toteutettuna ilmoitustilan hankkiminen olisi ollut lain tarkoittama hankinta.

Ratkaisussaan korkein hallinto-oikeus siis totesi, että vaikka jokin osa sopimuksella toteutettavasta kokonaisuudesta voisi erillisenä olla hankintalain tarkoittama julkinen hankinta, kokonaisuuden toteuttaminen ei välttämättä tällainen ole, ainakaan jos hankinnan osuus ei ole merkityksellinen. Myös Mentula korosti tapauksen analyysissään,

¹¹⁶ Mentula 2003: 1056.

¹¹⁷ HE 50/2006 vp s. 54.

¹¹⁸ Mentula 2003: 1056.

¹¹⁹ Kuoppamäki 2001: 236.

että kyseessä olevan yhteishankkeen taloudellinen painopiste oli hankintayksikön kannalta ilmoituskanavan ulosvuokrauksessa¹²⁰. Tällöin myöskään kilpailuneuvosto ei ole toimivaltainen tutkimaan asiaa. Oikeuskäytännössä onkin vakiintunut tulkintatapa, jonka mukaan oleellista on tarkastella sopimuskokonaisuutta ja hankinnan merkitystä kokonaisuuden kannalta¹²¹. Tämä periaate näkyi hyvin esimerkiksi Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa 2002: 19, jossa se katsoi, että sekamuotoista sopimusta on aina tarkasteltava kokonaisuutena. Sen vuoksi kunnan tekemään sopimukseen jäähallin vuokrauksesta ulkopuoliselle ei voitu soveltaa hankintalakia, vaikka kunta samalla hankki hallivuoroja itselleen. Vuorojen hankinta ei ollut pääosassa sopimusjärjestelyssä, joten kokonaisuuden kannalta arvioituna kyse ei ollut julkisesta hankinnasta. Tätä linjaa voidaan perustella muun muassa sillä, että mikäli sopimuskokonaisuus pilkottaisiin osiin ja hankinnoiksi luonnehdittavat osat kilpailutettaisiin, ei sopimusjärjestelyn alkuperäistä tavoitetta välttämättä saavutettaisi lainkaan. Kuitenkaan ei ole sallittua keinotekoisesti yhdistellä hankintoja muihin sopimuksiin tarkoituksena hankintasäännösten kiertäminen.¹²²

Määritettäessä hankinnan käsitettä ja sen tunnusmerkkien täyttymistä yksittäistapauksessa, on selvitettävä onko hankinnan kohteella jonkinlaista taloudellista arvoa, koska vastikkeettomat hankinnat eivät ole hankintalain tarkoittamia julkisia hankintoja¹²³. Yksiselitteisiä ovat tapaukset, joissa hankinta on jokin selkeä hyödyke, josta maksetaan korvaus rahana. Tulkintaongelmia on syntynyt esimerkiksi erilaisista käyttöoikeuden muodossa toteutettavista vastasuorituksista. EY-tuomioistuin ratkaisi Telaustrian tapauksessa, että kyseessä ollut puhelinluetteloiden painaminen ja julkaiseminen ei kuulunut peruspalveludirektiivin soveltamisalaan, koska hankintayksikön suorittama korvaus rajoittui tuottajan omien suoritusten käytön sallimiseen. Muun kaltaisen vastikkeen ollessa kyseessä tällainen sopimus kuuluisi direktiivin soveltamisalaan.¹²⁴ Nyttemmin myös käyttöoikeusurakat on huomioitu hankintadirektiiveissä. Palveluita koskevat käyttöoikeussopimukset on tosin rajattu direktiivien soveltamisalan ulkopuolelle. Kansalli-

¹²⁰ Mentula 2003: 1057.

¹²¹ Alkio & Wik 2004: 814.

¹²² Lindfors 2005: 33–35.

¹²³ Mentula 2003: 1056.

¹²⁴ Tapaus C-324/98. Tältä osin soveltamisalan kannalta ei ole merkitystä sillä, että kyseessä oli peruspalveluhankinta.

sesti kuitenkin uuden hankintalain 9 luvussa on säädetty palveluja koskevista käyttöoikeussopimuksista. Näin on haluttu turvata kaikkia hankintoja sitovien perustamissopimuksen periaatteiden toteutuminen.

Kunnallistalouden rahoituksellisten rajoitusten sekä kunnallishallinnon uudistusten ja kasvavien tehtävämäärien seurauksena kunnat harjoittavat liiketoimintaa paljon osakeyhtiömuodossa¹²⁵. Osakeyhtiön perustamista ei ole pidettävä julkisena hankintana. Mikäli samassa yhteydessä kuitenkin yhtiön kanssa tehdään hankintaa koskeva sopimus, kysymys on julkisesta hankinnasta, etenkin silloin, kun yhtiöön otetaan yksityinen osapuoli. Tällöin sekä hankintasopimus että osakas tulee kilpailuttaa hankintalain säännöksiä noudattaen.¹²⁶ Korkein hallinto-oikeus otti kantaa asiaan ratkaisussa, joka koski tapausta, jossa kunnan jätehuollon käytännön järjestelyvastuu siirrettiin kunnan ja eräiden muiden kuntien perustamalle ja omistamalle osakeyhtiölle. Samalla siis tapahtui sekä osakkeiden merkintä että päätös jätehuollon siirtämisestä yhtiölle. Tapauksessa yhtiön perustaminen ei ollut hankinta ja jätehuollon tehtävät katsottiin jatkossakin toteuttavan organisaation sisäisenä työnä, kun osakeyhtiö oli kuntien omistuksessa ja se kilpailutti hankintansa hankintalain mukaisesti.¹²⁷

3.3. Kansalliset kynnysarvot

Vuoden 1992 hankintalakia sovellettiin kaikkiin hankintoihin ja hankinnan tekeminen kilpailuttamatta oli mahdollista vain erityisestä syystä. Tällainen syy on ollut esimerkiksi hankinnan vähäinen arvo, jota ei kuitenkaan laissa ollut määritelty. Hankintalakiuudistuksessa säädettiin hankintalain soveltamisella alarajat, kansalliset kynnysarvot, joiden alle arvoltaan jääviin hankintoihin ei sovellettaisi hankintalakia lainkaan, vaan hankintayksiköt voisivat noudattaa omia ohjeita ja käytäntöjään.

Hankintalakia valmistelleessa työryhmässä oli kansallisiksi kynnysarvoiksi keskustelussa ns. kolmi- ja neliportaiset mallit. Kolmiportaisessa mallissa olisi EU-kynnysarvojen

¹²⁵ Kuntademokratian vihreä kirja 2005: 23.

¹²⁶ Yhdyskuntajätehuollon vastuu- ja kilpailukysymykset -työryhmän mietintö 2005: 53.

¹²⁷ KHO 3.9.2002/2043.

ali jäävissä hankinnoissa yksi kansallinen kynnysarvo, jonka ali jäävissä hankinnoissa ei sovellettaisi hankintalakia. Neliportaisessa mallissa EU-kynnysarvojen alittaviin hankintoihin sovellettaisiin kahta eri kansallista kynnysarvoa, joista alempi olisi lain yleisen soveltamisen raja ja ylempi ilmoitusvelvollisuuden raja. Työryhmän enemmistö kannatti kolmiportaista mallia sen selkeyden vuoksi. EU-kynnysarvot alittaviin hankintoihin sovellettaisiin siis vain yhdenlaisia menettelysääntöjä.¹²⁸ Huolenaiheina kynnysarvojen suuruuden suhteen olivat oikeussuojakeinojen käytön rajautuminen sekä kilpailutuksen avoimuuden, tasapuolisuuden ja syrjimättömyyden toteutuminen. Talousvaliokunta esitti mietinnössään, että poikkeuksellisesti kansalliset kynnysarvot alittavissa hankinnoissa voisivat hankintalain mukaiset oikeussuojakeinot olla käytössä, mikäli hankinnan arvo oli saatu jäämään kynnysarvon alle hankintalaissa kielletyllä menettelyllä.¹²⁹ Toisaalta esitettiin myös toisenlaisia lausuntoja, joissa kynnysarvojen alle jäävien hankintojen todettiin jatkossakin toteutuvan julkisen sektorin omien hankintaohjeiden mukaisesti. Välttyminen pienten hankintojen kilpailuttamisen suhteellisen suurilta hallintokuluilta oli keskeisimpiä alhaisten kynnysarvojen puoltoargumentteja. Kynnysarvoja perusteltiin myös sillä, että hankintamenettely joustavoituisi sekä hankintayksikön että tarjoavan yrityksen kannalta, mikä on yksi koko lakiuudistuksen keskeisistä tavoitteista.¹³⁰

Hallitus päätyi esittämään kolmiportaista mallia eli EU-kynnysarvojen alle jääviin hankintoihin vain yhtä kansallista kynnysarvoa hankintatyypin kohden. Kynnysarvoiksi tavara- ja palveluhankinnoissa ehdotettiin 15 000 euroa, sosiaali- ja terveystalouden hankinnoissa 50 000 euroa ja rakennusurakoissa 100 000 euroa. Jako kolmeen kategoriaan perusteltiin sillä, että siten saataisiin mahdollisimman hyvin hankintatyyppien erityispiirteitä ja käytännön tarpeita vastaava kynnysarvo.¹³¹ Nämä ehdotetut kynnysarvot eduskunta hyväksyi¹³². Kappalemääräisesti suurin osa hankinnoista tulee jäämään hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle¹³³. Näiden pienten hankintojen osuus ei kuitenkaan ole

¹²⁸ Hankintalakityöryhmän muistio 2006: 29–30.

¹²⁹ TaVM 26/2006 vp s. 6.

¹³⁰ HE 50/2006 vp s. 35–36.

¹³¹ HE 50/2006 vp s. 35, 38.

¹³² Tosin keskustelu oli vilkasta myös kynnysarvojen osalta lakiehdotuksen ensimmäisessä käsittelyssä. Ks. PTK 138/2006 vp.

¹³³ Erään arvion mukaan kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintoja tulisi vuosittain noin 30 000–40 000 kappaletta, kun nykyisin esimerkiksi yksin Imatran kaupungissa tehdään vuosittain melkein 100 000 hankintaa kaiken kaikkiaan. Ks. Neimala 2006: 40.

niin merkittävä tarkasteltaessa hankintojen kokonaisarvoa¹³⁴.

3.4. Kynnysarvot alittavia hankintoja ohjaavat periaatteet

Kunnan tehdessä pieniä hankintoja se voi soveltaa omia hankintaohjeitaan ja kehittää uusia tarkoituksenmukaisempia käytäntöjä. Tällaisten omien hankintaohjeiden ja -strategioiden merkitys korostuu huomattavasti, kun ne voidaan jatkossa laatia lain tar-koista velvoitteista vapaasti. Myös jo edellä mainittu pienten hankintojen suuri määrä lisää omien hankintaohjeiden vaikutusta käytännön hankintatoimintaan. Hankintaohjeiden korostuneella luonteella voi olla joko järjestelmää tehostava tai sen tehokkuutta vähentävä vaikutus riippuen siitä, miten uusia vapauksia käytetään.¹³⁵

Kuntaliiton ja Kauppa- ja teollisuusministeriön julkisten hankintojen neuvontakeskus korostaa, että pieniäkään hankintoja ei voi toteuttaa aivan mielivaltaisesti. Sen mukaan hankintayksiköiden olisi paitsi kansalliset kynnysarvot alittavia hankintoja tehdessään, myös hankintaohjeita suunnitellessa varmistettava hankintojen avoimuus, tasapuolinen ja syrjimätön kohtelu, markkinoiden toimiminen, ostotoiminnan tehokkuus sekä hyvän hallinnon periaatteiden toteutuminen.¹³⁶ Oikeudellisesti sitovina kansalliset kynnysarvot alittavien hankintojen toteuttamisessa on siis otettava huomioon ainakin hallintolain (6.6.2003/434) ja kuntalain säännökset, hallintotoimintaa ohjaavat periaatteet sekä EY:n perustamissopimuksen periaatteet¹³⁷.

Hallintolain 6 §:stä on luettavissa hallinnon oikeusperiaatteet¹³⁸. Ne heijastavat yleisiä hallinto-oikeudellisia periaatteita, jotka ovat syntyneet oikeuskäytännön ja hallinto-oikeudellisen oppijärjestelmän muovaamina¹³⁹. Yleiset hallinto-oikeudelliset periaatteet

¹³⁴ HE 50/2006 vp s. 38.

¹³⁵ Neimala 2006: 39.

¹³⁶ Hankinnat.fi -verkkotietopankki.

¹³⁷ Helsingin yliopistossa on valmisteilla yleisten oikeusperiaatteiden soveltamista kuntien ja kuntayhtymien julkisiin hankintoihin käsittelevä väitöskirja (Tea Skog).

¹³⁸ Hallintolaki 6 §: ”Viranomaisen on kohdeltava hallinnossa asioivia tasapuolisesti sekä käytettävä toimivaltaansa yksinomaan lain mukaan hyväksyttäviin tarkoituksiin. Viranomaisten toimien on oltava puolueettomia ja oikeassa suhteessa tavoiteltuun päämäärään nähden. Niiden on suojattava oikeusjärjestyksen perusteella oikeutettuja odotuksia.”

¹³⁹ Mäenpää 2003: 83–84.

ovat yhdenvertaisuusperiaate, tarkoitussidonnaisuuden periaate, objektiviteettiperiaate, suhteellisuusperiaate ja luottamuksensuojaperiaate. Ne saavat tukea myös perustuslaista; ainakin oikeusvaltioperiaatteella (2.3 §), yhdenvertaisuusperiaatteella (6 §) sekä oikeusturvan ja hyvän hallinnon takaamisella (21 §) on merkitystä hallinto-oikeudellisten periaatteiden perustelemisessa¹⁴⁰. Selkeimmillään näiden periaatteiden velvoittavuus on silloin, kun tehdään hallintopäätös, joka suoraan velvoittaa kansalaista tai rajoittaa tämän oikeutta. Vaikka hankintapäätös on luonteeltaan hieman erilainen, hankintapäätöstilanteessa hankintayksikkö kuitenkin tekee yksipuolisen päätöksen hankinnasta ja tämä päätös vaikuttaa paitsi valittuun toimittajaan myös niihin, jotka eivät tulleet valituksi. Mäenpään mukaan hallinnon oikeusperiaatteiden sitovuus ulottuu paitsi hallintopäätösten tekemiseen, myös hallinnon toimintaan yleisemminkin, eli voitaneen sanoa, että hankintayksikön toimintaa ne ohjaavat koko hankintamenettelyn ajan, ei ainoastaan varsinaista päätöksentekovaihetta¹⁴¹. Periaatteiden merkitys on korostuneempi kansalliset kynnyksarvot alittavien hankintojen toteuttamisessa, koska toiminnan tarkka sääntely puuttuu.

Rooman sopimuksessa merkittävimpiä periaatteita julkisia hankintoja ajatellen ovat syrjinnän kieltä (12 artikla), tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaate (28 art.) ja vapaa sijoittumisoikeus (43 art.)¹⁴². EU:n keskeinen tavoite on ollut vapaiden sisämarkkinoiden luominen. Tähän liittyy olennaisesti tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaate: Rooman sopimuksen 28 artiklassa kielletään kaikki jäsenvaltioiden väliset tuonnin määrälliset rajoitukset ja kaikki vaikutuksiltaan vastaavat toimenpiteet. Vaikutuksiltaan vastaavina toimenpiteinä on pidetty mm. kotimaisen kaupan ja vientikaupan erilaista kohtelua, tuontilisenssejä yhteisön sisäisessä kaupassa, kotimaisen tuotannon suosimista, vain tuontitavaroille suunnattuja ehtoja, tuontia vaikeuttavia toimenpiteitä, tuontiväylien häiritsemistä, hintarajoituksia sekä kansallisten lakien ristiriitaa eurooppaoikeuden kanssa¹⁴³. Näistä merkityksellisimpiä julkisten hankintojen käytännön toteutuksessa ovat kotimaisen tuotannon suosiminen ja vain tuontitavaroille suunnatut ehdot. Hankintayk-

¹⁴⁰ Mäenpää 2003: 83–84.

¹⁴¹ Emt.: 84

¹⁴² Voimassaolevan hankintadirektiivin (2004/18/EY) johdanto-osassa mainitaan erikseen, että näitä Rooman sopimuksen periaatteita tulee noudattaa kaikissa hankinnoissa. Niiden lisäksi kirjattuna ovat yhdenvertaisen kohtelun periaate, syrjimättömyyden periaate, vastavuoroisen tunnustamisen periaate, suhteellisuusperiaate ja avoimuusperiaate, jotka johtuvat mainituista Rooman sopimuksen periaatteista.

¹⁴³ Kalliomaa-Puha 1992: 14.

sikkö ei siis saa perusteettomasti suosia kotimaisia tuotteita/tuottajia tai asettaa hankinnalle sellaisia ehtoja, jotka tosiasiaassa johtaisivat tuontitavaroiden syrjintään. Myös EY-tuomioistuin on nimenomaisesti korostanut, että myös hankintasäännösten ulkopuolelle jäävien hankintojen toteuttamisessa on noudatettava perustamissopimuksen periaatteita ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa¹⁴⁴. Hankintojen toteutuksessa on merkitystä myös 87 artiklan kilpailuolosuhteisiin vaikuttavan valtiontuen kiellolla. Hankintojen avulla on saatettu pyrkiä tukemaan yrityksiä siten, että toiminta olisi vaikeammin havaittavissa kuin suorien avustusten maksaminen.¹⁴⁵

Julkisissa hankinnoissa keskeinen periaate on avoimuus, joka perustuu Rooman sopimusta koskevaan oikeuskäytäntöön sekä kansallisesti yleisesti tunnustettuihin hallinnon avoimuusvaatimuksiin. Hankintojen osalta periaate velvoittaa hankintayksikön esimerkiksi ilmoittamaan hankinnasta julkisesti sekä tiedottamaan osallisille hankinnan ratkaisemisesta. Myös hankintaa koskevat asiakirjat ovat lähtökohtaisesti julkisia.¹⁴⁶ EY-tuomioistuin on katsonut, että hankintayksikköä velvoittaa avoimuusperiaate, vaikka hankinta ei kuuluisi hankintadirektiivien soveltamisalaan. Sen mukaan periaate edellyttää ilmoittamaan hankinnasta asianmukaisessa laajuudessa. Tavoitteena on hankintojen avaaminen kilpailulle sekä hankintasopimuksia koskevien tekomenettelyjen puolueettomuuden valvomisen mahdollistaminen.¹⁴⁷ Ilmaisut, kuten ilmoittaminen asianmukaisessa laajuudessa, ovat tulkinnanvaraisia, eikä periaatteiden soveltamisen laajuudesta olekaan yksimielistä selvyyttä¹⁴⁸. Komissio on linjannut niitä ilmoittamistapoja, jotka eivät ole asianmukaisia. Näitä ovat mm. passiivinen mainostaminen eli ainoastaan kyselyihin vastaaminen, pelkkä viittaaminen tietoihin, jotka ovat saatavissa tiedotusvälineistä tai tapahtumien ja kongressien yhteydessä. Hyviä ilmoittamistapoja ovat komission mukaan esimerkiksi Internet, kansalliset viralliset lehdet ja Euroopan unionin virallinen lehti. Ilmoittamistapaa valittaessa tulisi pohtia sopimuksen merkittävyyttä sisämarkkinoiden kannalta.¹⁴⁹

¹⁴⁴ Tapaus C-324/98 tuomion kohta 60.

¹⁴⁵ Laurinen 1997: 11–12.

¹⁴⁶ Hankintalakityöryhmän muistio 2004: 19.

¹⁴⁷ Tapaus C-324/98, tuomion kohta 61.

¹⁴⁸ Sallinen 2007: 263.

¹⁴⁹ Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan 2006: 4.

4. HANKINTALAIN SOVELTAMINEN KUNTIEN YHTEISTYÖSSÄ

4.1. Yhteishankintayksiköt

Hankintayksiköt voivat keskittää hankintansa yhteishankintayksiköille¹⁵⁰. Tällaisilla järjestelyillä on katsottu voitavan lisätä kilpailua ja parantaa hankintojen tehokkuutta hankintaerien koon kasvaessa¹⁵¹. Yhteishankintayksiköiden merkitys kasvaa jatkossa, kun paikallisilla viranomaisilla ei ole välttämättä tarpeeksi hankintaosaamista¹⁵². Yhteishankintayksikkö on hankintalain 11 §:n mukaan sellainen hankintayksikkö, joka hankkii sen suoraan tai välillisesti omistaville hankintayksiköille tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia tai puitejärjestelyjä. Laki edellyttää, että yhteishankintayksikkö toimii edellä mainittujen tehtävien hoitamiseksi ja että se on nimenomaisesti perustettu hoitamaan näitä tehtäviä taikka näiden tehtävien hoitaminen on säädetty tai määrätty yhteishankintayksikön toimialaksi. Kun hankintayksikkö hankkii tavaroita tai palveluja yhteishankintayksiköltä, sen ei tarvitse kilpailuttaa niitä, mikäli yhteishankintayksikkö on asianmukaisesti noudattanut hankintalakia niitä hankkiessaan.

Säännöksestä ilmenee kolme määrettä yhteishankintayksikölle. Ensinnäkin sen on itse oltava hankintayksikkö. Siten se voi olla esimerkiksi kunnan viranomainen, liikelaitos tai julkisoikeudellinen laitos¹⁵³. Toiseksi yhteishankintayksikön tulee olla sen palveluja käyttävien hankintayksiköiden suoraan tai välillisesti omistama eli kääntäen sanoen sen toiminnan tulisi kohdistua sen omistajina oleviin hankintayksiköihin. Kolmas ehto liittyy yhteishankintayksikön perustamistarkoitukseen eli sen tulee olla nimenomaisesti perustettu hoitamaan yhteishankintayksikön tehtäviä. Näiden lisäksi yhteishankintayksikön toiminnalta on edellytetty pysyvyyttä¹⁵⁴.

Mikäli yhteishankintayksikkö toimii osakeyhtiömuodossa, on selvää, että sen omistajia ovat tällöin yhtiön osakkeenomistajat. Omistuksen välillisyyden tarkoittaa sitä, että toimin-

¹⁵⁰ Tätä mahdollisuutta ei ole kovin laajasti käytetty hyväksi; tällä hetkellä toiminnassa on vain valtion yhteishankintayksikkö Hansel Oy. Toiminnan yhteishankintayksiköiden muodossa on arvioitu yleistyvän tulevaisuudessa (Hankintalakityöryhmän muistio 2004: 123).

¹⁵¹ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY, johdanto-osan kohta 15.

¹⁵² Beuter 2005: 8.

¹⁵³ Julkisoikeudellisen laitoksen määritelmästä luku 2.2.1.

¹⁵⁴ HE 50/2006 vp s.70.

ta voisi kohdistua myös yhteishankintayksikön suoraan omistavana olevan yhteisön tai yhtiön omistaviin hankintayksiköihin. Tästä johdettuna esimerkiksi kuntayhtymänä toimiva yhteishankintayksikkö voisi tuottaa palveluja kuntayhtymän jäsenille.¹⁵⁵ Saako yhteishankintayksikkö tuottaa palveluja lainkaan muille kuin omistajilleen, jotta nämä edelleen voisivat tehdä hankintoja tältä ilman kilpailutusta? Hankintalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan yhteishankintayksiköiden toiminta ei voisi kohdistua yksityiselle sektorille¹⁵⁶. Hankintadirektiivin 1 artiklan 10 kohdassa yhteishankintayksikkö määritellään hankintaviranomaiseksi, joka hankkii hankintaviranomaisille tarkoitettuja tavaroita ja palveluja tai tekee hankintoja koskevia sopimuksia sekä hankintaviranomaisille tarkoitettuja rakennusurakoita, tavaroita tai palveluja koskevia puitejärjestelyjä. Hankintaviranomainen puolestaan on 1 artiklan 9 kohdassa määritelty samalla tavalla kuin kansallisessa hankintalainssa, eli se on joko viranomainen tai julkisoikeudellinen laitos. Julkisoikeudellinen laitoshan on perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita ilman teollista ja kaupallista luonnetta. Yhteishankintayksikön toiminnan ei ole katsottu voivan olla luonteeltaan teollista tai kaupallista sillä perusteella, että sen on oltava hankintayksikkö¹⁵⁷. Toisaalta kuitenkin korkein hallinto-oikeus on katsonut yksikön olevan hankintayksikkö, mikäli se on perustettu ainakin *osittain* muita kuin teollisia tai kaupallisia yleisen edun mukaisia tarpeita varten¹⁵⁸.

Määritelmästä ei siis voi vetää suoraa johtopäätöstä, että julkisoikeudellisen laitoksen toiminta ei voisi missään määrin kohdistua yksityiselle sektorille. Kuitenkin yhteishankintayksikön perustamisen tarkoitus – hankintojen suorittaminen omistajilleen – melko yksiselitteisesti rajaa toiminnan vain näihin omistajayksiköihin.¹⁵⁹ Toisaalta silloin merkitystä ei ole sillä, kohdistuisiko muu toiminta yksityiselle sektorille vai ei, se on joka tapauksessa kiellettyä. Hankintalakityöryhmän mukaan ei ole poissuljettua että yhteishankintayksikkö tuottaisi hankintojen lisäksi omistajilleen myös muita kilpailuun liittyviä asiantuntijapalveluja¹⁶⁰. Yhteishankintayksiköiden asemaa on ilmeisesti pidetty jotakuinkin selkeänä, oikeuskirjallisuudessa asia sivuutetaan usein hyvin lyhyin kommentteilla.

¹⁵⁵ HE 50/2006 vp s. 70.

¹⁵⁶ HE 50/2006 vp s. 71.

¹⁵⁷ Esim. HE 50/2006 vp s. 70–71; Kuntaliiton ja Hankinnat.fi -verkkotietopankki.

¹⁵⁸ KHO 2005: 63.

¹⁵⁹ Hallituksen esityksessä (HE 50/2006 vp s. 70) tosin viitataan kansalliseen oikeuskäytäntöön, jonka mukaan yhteishankintayksikön asema voisi syntyä myös yksikön tosiasiallisen toiminnan perusteella.

¹⁶⁰ Hankintalakityöryhmän muistio 2004: 122.

tein.

4.2. Hankinnan ja yhteistoiminnan välistä rajanvetoa: KHO 2004: 102

Hankintalaki ei koske kuntien yhteistoimintaa, *ellei kyseessä ole hankintasopimus*¹⁶¹. Ratkaisevaa on siis tuon sopimuksen määrittely. Hankintalain 5 §:n 1 kohdan mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakensurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan. Sinänsä lähtökohtaisesti mikä tahansa kuntien välinen sopimus voi olla hankintasopimus.

Korkein hallinto-oikeus arvioi hankintasopimuksen määritelmää sekä kuntien yhteistoiminnan ja julkisen hankinnan välistä rajanvetoa seuraavassa sairaankuljetusta koskevassa tapauksessa.

Vuosikirjaratkaisussaan 2004: 102 korkein hallinto-oikeus käsitteli kunnan ja toisen kunnan ylläpitämän alueellisen pelastuslaitoksen välistä sopimusta. Sopimus koski sairaankuljetuksen ja ensihoidon järjestämistä. Hangon kaupunki ja Espoon kaupungin ylläpitämä Länsi-Uudenmaan pelastuslaitos eivät olleet sopineet palvelun tuottamisesta yhteistyössä, vaan sopimuksessa sovittiin palvelun tuottamisesta korvausta vastaan. Sopimus oli KHO:n mukaan tuottajalle kuuluvine riskeineen tyypillinen kaupallinen sopimus.

Kysymys oli KHO:n mukaan erityisesti siitä, jääkö sopimusjärjestely hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle sen vuoksi, että sairaankuljetuspalvelu tuotetaan sopimusjärjestelyssä toisen kunnan kanssa ja se on sopimusteitse kytketty lakisääteeseen pelastustoimen yhteistoimintajärjestelyyn.

Tehtävän lakisääteisyys ei KHO:n mukaan sellaisenaan vaikuta sen arviointiin, kuuluuko hankinta hankintalain soveltamisalaan. KHO katsoi, että hankinta tapahtui Hangon kaupungista muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä rahallista vastiketta vastaan. Siten kyseessä oli hankintalain tarkoittama julkinen hankinta.

Ainoastaan se seikka, että kyse on laissa kunnille säädetyn tehtävän hoitamisesta, ei sulje välttämättä hankintalain soveltamista pois. Tapauksessa kyse oli pelastustoimen

¹⁶¹ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 40.

alueiden muodostamisesta annetun lain (13.12.2001/1214) mukaisesta velvollisuudesta toimia yhteistyössä. Tämä laki ei kuitenkaan velvoita yhteistyöhön sairaankuljetuksen osalta, jota kyseessä oleva sopimus koski. Vaikka sairaankuljetuksen järjestäminen oli sopimusteitse kytketty pelastustoimen yhteistyöjärjestelyihin, kyse ei ollut hankintalain soveltamisalaan kuulumattomasta lakiin perustuvasta yksinoikeudesta ja näin ollen selvitettäväksi jäi, oliko sopimus hankintalain tarkoittama hankintasopimus.

Käsittelyn yhteydessä lausuntonsa antaneen Suomen kuntaliiton mukaan kahden kunnan välisessä sopimuksessa on yleensä kysymys kuntalain tarkoittamasta yhteistoiminnasta eikä hankinnasta, vaikka kyseessä olisi palvelun tuottaminen toiselle kunnalle vastiketta vastaan. Näin olisi erityisesti silloin, kun kyse on kunnan järjestämisvastuulla olevasta palvelusta, esimerkiksi juuri sairaankuljetuksesta. Samoin asian näkee kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmä, jonka mukaan palvelun tuottaminen toiselle kunnalle vastiketta vastaan on kuntalain mukaista julkisoikeudellisin sopimuksin toteutettavaa yhteistoimintaa, johon ei sovelleta hankintalainsäädäntöä¹⁶². Korkein hallinto-oikeus puolestaan korosti ratkaisussaan järjestelyn kaupallista luonnetta. Tapauksessa oli siis tehty kirjallinen sopimus, jossa sovittiin palvelun tuottamisesta rahallista vastiketta vastaan. Korkein hallinto-oikeus arvioi sopimuksen tyypilliseksi kaupalliseksi sopimukseksi erityisesti sen perusteella, että taloudellinen riski tai voiton tavoittelemisen mahdollisuus oli palvelun tuottajana olevalla Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksella.¹⁶³ Hallituksen esityksestä hankintalaiksi mietinnön antanut talousvaliokunta eritteli yhteistoiminnan ja hankinnan välistä rajaa samankaltaisesti, vaikka katsoikin, että tarkkaa erottelua ei ole mahdollista tehdä. Valiokunta totesi, että kuntien yhteistoimintasopimuksella tarkoitetaan käytännössä pitkäkestoisempaa sopimusta kuin yleensä hankinnan ollessa kyseessä. Tavoitteena ei ole yleensä yksittäisen tehtävän hoitaminen vaan myös toiminnan kehittäminen yhteisesti.¹⁶⁴

Sopimuksen kaupallinen luonne korostuu, mikäli kyse on tuotteistetusta palvelusta, mutta Hangon sairaankuljetuksen tapauksessa korkein hallinto-oikeus katsoi sopimuk-

¹⁶² Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 40, 60.

¹⁶³ Riskien jääminen palveluja myyvälle osapuolelle viittaa järjestelyn olevan julkinen hankinta myös Kuntademokratian vihreän kirjan (2005: 35) mukaan.

¹⁶⁴ TaVM 26/2006 vp s. 5.

sen olevan kaupallinen, vaikka korvaus muodostuikin kokonaissummasta.¹⁶⁵ Korkeimman hallinto-oikeuden tavoin myös talousvaliokunta antoi painoarvoa kustannusten jakautumiselle: yhteistoimintasopimuksessa toiminnan kustannukset jaetaan sopijapuolten kesken yhteisvastuullisesti, käytön mukaan tai muulla tavalla ilman taloudellisen hyödyn tai voiton tavoittelua¹⁶⁶. Myös Suomen kuntaliitto esitti lainvalmisteluvaiheessa sidosyksikköpykälään lisättäväksi uuden momentin, jonka mukaan lakia ei sovellettaisi sellaisiin kunnallisten tai muiden julkisten viranomaisten ja hankintayksiköiden välisiin yhteistoimintasopimuksiin, joissa sopijapuolten välinen kustannusvastuu tehtävien suorittamiseksi määräytyy toiminnasta johtuvien todellisten kustannusten perusteella¹⁶⁷.

Hankintasopimuksista on erotettava myös kuntien sopimuksin toteuttama hallinnon tai toiminnan uudelleenjärjestely. Hallinnon uudelleenjärjestelystä on kyse esimerkiksi silloin, kun tehtäväkokonaisuus siirretään kuntayhtymälle tai kuntien yhteiselle toimielimelle, joka tulee vastuulliseksi tehtävien hoitamisesta kunnan puolesta. Esimerkiksi kuntayhtymän perustaminen hoitamaan jotakin tiettyä tehtäväkokonaisuutta on tällaista hallinnon uudelleen järjestelyä. Sellaiset tapaukset, joissa kuntayhtymältä ostetaan palvelua, jota ei sen vastuulle nimenomaisesti perussopimuksessa ole siirretty, ovat tulkinanvaraisempia ja harkinta hankintasäännösten soveltamisesta on tehtävä tapauskohtaisesti ottaen huomioon mm. sopimuksen kaupallisuuden ja riskien kohdistumisen.¹⁶⁸

Toiminnan määrittely uudelleenjärjestelyksi edellyttää, että kunnalla säilyy mahdollisuus vaikuttaa palvelun tuottamiseen. Oikeushenkilö, jolle tehtäväkokonaisuus siirretään, ei myy suuressa määrin palveluitaan markkinoilla eikä sisällä yksityistä omistusta.¹⁶⁹ Edellisessä korkeimman hallinto-oikeuden Hangon sairaankuljetusta koskevassa ratkaisussa mainittiin myös se seikka, että yhteistyösopimuksessa ei ollut millään tavalla sovittu toimielimen perustamisesta sairaankuljetustoiminnan hallintoa tai valvontaa varten taikka sopijapuolten yhteistyöelimeksi. Näin ollen kyseessä ei siis voinut myöskään olla hallinnon uudelleen järjestely, koska hallintoa ei nimenomaan mitenkään järjestelty

¹⁶⁵ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 66.

¹⁶⁶ TaVM 25/2006 vp s.5.

¹⁶⁷ HE 50/2006 vp s. 47.

¹⁶⁸ HE 50/2006 vp s. 63. Tosin ei ole epätodennäköistä, että kuntayhtymä katsotaan kunnan sidosyksiköksi, jolloin kilpailuttamisvelvoite ei aktualisoidu, vaikka sopimuksen voisikin katsoa olevan hankintasopimuksen kaltainen (ks. luku 4.3.).

¹⁶⁹ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 42–43.

eikä tilaajakunnalla ollut juurikaan mahdollisuuksia vaikuttaa palvelun tuottamiseen. Hallinnolliseksi uudelleenjärjestelyksi katsottavassa yhteistyössä valvonta toteutetaan jollakin tapaa yhdessä, esimerkiksi yhteisen toimielimen avulla¹⁷⁰.

Valkama on Hangon sairaankuljetuksen tapauksen valossa päätellyt, että sellaisen kuntien välisen yhteistyön, jota ei tarvitse kilpailuttaa julkisena hankintana, on oltava tosiasiassa yhdessä toteutettua. Molemmilla kunnilla tulee olla aktiivinen rooli yhteistyössä, ja molempien tulee ottaa sekä taloudellista että hallinnollista vastuuta toiminnasta. Hangon sairaankuljetuksen tapauksessahan palvelu tuotettiin vastiketta vastaan ostajakunnan mitenkään aktiivisesti osallistumatta toimintaan tai ottamatta taloudellista tai hallinnollista vastuuta. Valkaman mukaan tällainen kuntien välinen puhdas ostotoiminta olisi tulkittavissa julkiseksi hankinnaksi, mikäli kyse ei ole lain edellyttämästä yhteistoiminnasta.¹⁷¹ Valkaman tarkoittaman yhdessä toteuttamisen arvioinnissa ja taloudellisen vastuun jakamisessa voisi ottaa huomioon edellä mm. Kuntaliiton suositteleman kaltaisesti kustannusten jakautumisen. Mikäli kustannukset jaetaan todellisten kustannusten perusteella, on kaikilla yhteistyösapuolilla yhtäläinen taloudellinen vastuu toiminnasta. Mikäli taas toimitaan niin kuin Hangon sairaankuljetuksen tapauksessa, tilaavan kunnan taloudellinen osallistuminen rajautuu sovittuun korvaukseen riippumatta lopullisista todellisuudessa syntyneistä kustannuksista. Mäkinen puolestaan pohtii, eikö kuntien yhteinen päämäärä ja toiminnan tarkoitus tee yhteistyöstä aina tosiasiallista. Hänen mukaansa yhteistyötä pitäisikin arvioida enemmän funktionaalisista lähtökohdista eikä muodollisten seikkojen perusteella, kuten esimerkiksi Hangon sairaankuljetuksen tapauksessa oli tehty.¹⁷² Myös yhteisöjen tuomioistuin on maininnut toiminnan tarkoituksen vaikutuksen kilpailuttamisvelvoitteeseen. Tuomioistuin pohti sidosyksikköaseman määräytymistä ja tuli siihen tulokseen, että yksityinen pääoma tuo mukanaan luonteeltaan sellaisia tavoitteita, joita ei ohjaa samat vaikuttimet (lähinnä yleinen etu) kuin viranomaisten toimintaa.¹⁷³ Tuomioistuin pohti asiaa siis hieman poikkeavassa asiayhteydessä eikä suinkaan tehnyt käänteistä päätelmää siitä, että mikäli yksityistä omistusta ei ole,

¹⁷⁰ TaVM 25/2006 vp s. 5.

¹⁷¹ Valkama 2005: 38, 40. Valkaman mukaan yhdessä toteuttaminen näkyy selkeämmin esimerkiksi yhteisen viran tai toimielimen ylläpidossa. Tosiasialliseen yhteistyöhön viittaa myös esimerkiksi yhteistyössä tarvittavan omaisuuden järjesteleminen kuntien yhteisomistuksen piiriin, koska tämä osaltaan kuvastaa kuntien yhteistä vastuunottoa ja riskien jakamista.

¹⁷² Mäkinen 2005: 202–204.

¹⁷³ Tapaus C-26/03, tuomion kohta 51.

hankintayksikkö voisi tehdä hankinnan sidosyksikköaseman perusteella kilpailuttamatta. Siltikin maininta yhteisen päämäärän vaikutuksesta ikään kuin yksiköitä yhdistävänä tekijänä voitaisiin mielestäni liittää Mäkisen pohdintaan ja nähdä se puoltavana argumenttina sille, että kuntien yhteistyötä tulisi arvioida enemmän funktionaalisten seikkojen perusteella ja jättää tiukan muodolliset tulkinnat vähemmälle.

4.3. Sidosyksikköhankinnat

4.3.1. Omana työnä tuottaminen: eräitä ongelmakohtia

Hankintalain soveltaminen edellyttää kahden erillisen oikeushenkilön välistä sopimusta. Siksi sitä ei sovelleta omana työnä tekemiseen.¹⁷⁴ Tällä tarkoitetaan sitä, että hankintatapahtuma ei ole hankintalain tarkoittama hankinta ja siksi kilpailutettava, mikäli se tapahtuu oman organisaation sisällä. Sen sijaan hankinnat on kilpailutettava hankintalain mukaisesti, kun hankintayksikkö aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa hankintasopimuksen. Asiaan ei vaikuta se, onko toinenkin yksikkö hankintayksikkö. Poikkeuksena tästä pääsäännöstä hankintoja ei tarvitse kilpailuttaa silloin, kun hankintayksikkö valvoo kyseistä yksikköä kuin omia toimipaikkojaan ja kun tämä yksikkö harjoittaa toimintaansa pääosin sen omistavan viranomaisen (hankintayksikön) kanssa.¹⁷⁵ Esimerkiksi kuntien osakeyhtiöt ovat oikeudellisesti erillisiä kunnasta, joten tällaisissa tilanteissa hankinta ilman kilpailuttamista tulee kysymykseen ainoastaan, mikäli valvontaan ja toiminnan kohdistumiseen liittyvät kriteerit täyttyvät¹⁷⁶.

Sidosyksikköaseman tunnusmerkkejä käydään läpi tarkemmin jäljempänä. Ensinnäkin kuitenkin syytä käydä läpi, mitä omana työnä tuottamisella tarkoitetaan eli milloin *ei* ole kyse kahdesta erillisestä yksiköstä eikä hankintalaki siten tule sovellettavaksi. Seuraava

¹⁷⁴ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 62.

¹⁷⁵ Esim. Tapaus C-107/98.

¹⁷⁶ HaVL 25/2006 vp s. 6; Tapaukset C-107/98 ja C-84/03. Hankintalakiyöryhmän muistio 2004: 41–42: Valtion osalta samaa oikeushenkilöä ovat ministeriöt, valtion virastot ja muut valtakunnalliset hallintoelimet sekä valtion liikelaitokset. Valtion piirihallinnon ja paikallishallinnon suhteen tilanne on tulkinanvaraisempi, mutta ainakaan valtion varsinaiseen valtionhallintoon kuulumattomat välillisen valtionhallinnon yksiköt eivät kuulu valtion oikeushenkilöön.

korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu kuvaa hyvin tilannetta, jossa on kyse omana työnä teettämisestä, vaikka tilanne ei olekaan ollut täysin yksiselitteinen.

Korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa 2006: 61 oli kyse Porvoon kaupungin tekemästä ensihoitopalveluja koskevasta sopimuksesta, jonka toisena osapuolena oli alueellinen pelastuslaitos. Alueellinen pelastuslaitos oli perustettu alueen kuntien yhteistoimintasopimuksella ja Porvoon kaupunki itse ylläpiti kyseessä olevan yhteistoimintasopimuksen nojalla pelastuslaitosta.

Markkinaoikeus painotti ratkaisussaan sopimusjärjestelmän arviointia. Sopimuksella oli taloudellista arvoa, mutta yleisesti pelastuslaitoksen kustannukset jaettiin yhteistoimintasopimuksen mukaan sopijakuntien kesken ja ne luovuttivat sille kalustoa vastikkeettomasti. Jatkossa pelastuslaitos hankkisi itse kalustonsa, joka olisi Porvoon kaupungin omaisuutta.

Merkityksellistä markkinaoikeuden mukaan oli se, että palvelun tilaaja oli sama kunta kuin pelastuslaitoksen ylläpitäjä. Vaikka pelastuslaitoksen hallintoa varten asetetussa aluepelastuslautakunnassa oli kaikilla yhteistoimintasopimuksen osapuolina olevilla kunnilla edustus, oli lautakunta kuitenkin Porvoon kaupunginvaltuuston asettama ja toimi Porvoon kaupunginhallituksen alaisena.

Markkinaoikeuden mukaan alueellista pelastuslaitosta ei ollut pidettävä Porvoon kaupungista oikeudellisesti erillisenä henkilönä. Siten kysymys ei ollut julkisesta hankinnasta, vaikka kyseessä oli rahallista vastiketta vastaan tehty kirjallinen sopimus. Sen sijaan järjestelyssä oli kyse Porvoon kaupungin omana työnään suorittamasta sairaankuljetusten ja ensihoidon järjestämisestä. Näin ollen markkinaoikeus katsoi, ettei se ole toimivaltainen käsittelemään asiaa.

Korkeimman hallinto-oikeudenkaan mukaan kyse ei ollut hankintalain tarkoittamasta julkisesta hankinnasta, vaikka Porvoon kaupungin ja alueellisen pelastuslaitoksen välille olikin laadittu kirjallinen sopimus, jolla on taloudellista arvoa ja joka koskee ensihoitopalvelujen ostamista. KHO perusti ratkaisunsa samankaltaiseen arviointiin kuin markkinaoikeuskin: painoarvoa annettiin pelastuslaitoksen hallinnolliselle asemalle Porvoon kaupungin alaisuudessa, henkilöstön siirtymistä Porvoon kaupungin palvelukseen ja talouden hoitoon liittyviä seikkoja, kuten kaluston kuulumista Porvoon kaupungin omaisuuteen. Kyse ei siis ollut kahden muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön välisestä palveluhankinnasta, vaan Porvoon kaupungin oman organisaation sisällä toteutetusta palvelusta.

Markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus huomioivat, että Porvoon kaupungin ja alueellisen pelastuslaitoksen välinen sopimus ensihoitopalveluista oli kirjallinen ja sillä oli taloudellista arvoa. Nämä ovat hankintasopimuksen tunnusmerkkejä. Kuitenkin kun arvioitiin kuntien yhteistoimintasopimusta, jolla pelastuslaitos oli perustettu, näytti siltä, että pelastuslaitos kuului Porvoon kaupungin organisaatioon. Siksi kyseessä oli siis omana työnä teettäminen, johon ei sovelleta hankintasäännöksiä. Organisaatioon kuu-

lumisen arvioinnissa KHO tarkasteli taloudellisia ja hallinnollisia seikkoja. Merkitystä annettiin muun muassa sille, että pelastuslaitos oli itsenäinen taseyksikkö kaupungin kirjanpidossa ja kaupunginvaltuusto hyväksyy sille sitovan talousarvion.

Kunnallinen liikelaitos kuuluu kunnan organisaatioon. Liikelaitos voi kuulua myös kuntayhtymän organisaatioon, mutta se ei voi olla erillinen oikeushenkilö, mikä on hankintalain soveltamisen ehtona. Kunnallisen liikelaitoksen perustaa joko kunta tai kuntayhtymä osaksi omaa organisaatiotaan, jolloin siihen sovelletaan samoja säännöksiä kuin kunnan tai kuntayhtymän muuhunkin toimintaan.¹⁷⁷ Edellisessä korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisussa Porvoon kaupunki oli niin sanottu isäntäkunta, jonka kaupunginhallituksen alaisuudessa aluepelastuslautakunta toimi ja jonka organisaatioon aluepelastuslaitos kuului. Mikäli jokin toinen yhteistoimintasopimukseen kuuluvista kunnista olisi tehnyt samankaltaisen sopimuksen alueellisen pelastuslaitoksen kanssa, olisiko se tällöin ollut kunnasta erillinen yksikkö ja siten sopimuksen kohde hankintalain tarkoittama julkinen hankinta? Liikelaitoksen voi katsoa kuuluvan luonnollisesti vain yhden kunnan organisaatioon. Tämä kunta on se, jonka hallintoon ja talouteen liikelaitos kuuluu. Siten, mikäli kyseessä on jokin toinen kunta kuin ns. isäntäkuntatilanteessa, jossa toiminta on järjestetty usean kunnan yhteistoimintasopimuksella, hankintalaki tulee sovellettavaksi¹⁷⁸. Kuitenkin, mikäli kunnan voi katsoa valvovan tätä yksikköä niin kuin omia toimipaikkojaan, eikä se toimi laajasti markkinoilla, kyseessä voi olla hankintayksikön sidosyksikkö, jolloin hankintaa ei tarvitse kilpailuttaa. Mikäli kuitenkin toiminta on järjestetty niin, että liikelaitos ja sitä johtava lautakunta kuuluvat kuntayhtymän – eivätkä jonkin siihen kuuluvan kunnan – organisaatioon, tulee tilannetta arvioida mahdollisena sidosyksikköhankintana.

4.3.2. Sidossuhteen muodostuminen kahden erillisen oikeushenkilön välille

Pääsääntöisesti hankintalakia sovelletaan siis kahden erillisen oikeushenkilön välisiin

¹⁷⁷ Kuntakonserni- ja liikelaitos työryhmän mietintö 2006: 11.

¹⁷⁸ KHO 2004: 102: sairaankuljetuksen tilaaja ei ollut sama kunta kuin se, joka oli vastuussa pelastuslaitoksen toiminnasta ja jonka organisaatioon pelastuslaitos voitiin katsoa kuuluvaksi; kyse oli hankintalain tarkoittamasta julkisesta hankinnasta.

hankintoihin. Tästä säännöstä on kuitenkin poikkeus. Poikkeus koskee tilanteita, joissa toinen yksikkö on niin läheinen, että sen voi perustellusti rinnastaa hankintayksikön omaan toimintaan. Tällöin hankintoja ei siis tarvitse kilpailuttaa. Hankintalaissa näistä sidosyksikköhankinnoista säädetään 10 §:ssä, jonka mukaan hankintalakiä ”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”. Lakia koskevan hallituksen esityksen mukaan sidosyksikköhankintoja koskevan sääntelyn puute on aiheuttanut epävarmuutta. Siksi asiaa koskeva säännös päätettiin ottaa hankintalakiin, vaikka sidosyksikköhankintoja koskeva yhteisön oikeuskäytäntö on kehitysvaiheessa.¹⁷⁹ Hankintadirektiiveissä ei ole nimenomaista määritelmää sidosyksikköhankinnalle, vaan kansalliseen hankintalakiin otettu säännös perustuu yhteisöjen tuomioistuimen käytäntöön. Sidosyksikön toiminnan erottaminen kunnasta riippumattomasta yritystoiminnasta on vaikeutunut palveluntuotannon rakenteellisen kehityksen vuoksi ja julkisten hankintojen osalta on parhaillaan menossa vaihe, jossa tätä rajaa yritetään terävöittää.¹⁸⁰ Talousvaliokunta oli hankintalakiesitystä koskevassa mietinnössään sitä mieltä, että tilanne ei ole kaikessa epäselvyydessään tyydyttävä, vaan kriteereitä hankintalain ulkopuolelle jäävälle yhteistoiminnalle olisi selvitettävä tarkemmin ja mahdollisesti sisällytettävä kansalliseen erityislainsäädäntöön¹⁸¹. Eduskunta edellyttikin lakiehdotukset hyväksyneessä vastauksessaan, että hallitus selvittää kuntien yhteistoimintaan liittyvät lainsäätämistarpeet¹⁸².

Kunnan osalta selvää on, että sen liikelaitokset kuuluvat sen omaan organisaatioon. Liikelaitos on siis samaa oikeushenkilöä kunnan kanssa. Tällöin kunnan sisäiset toimeksiannot sen liikelaitoksille tai muille yksiköille eivät ole hankintalainsäädännön tarkoittamia hankintasopimuksia eikä niitä siten tarvitse kilpailuttaa. Sen sijaan kuntien osakeyhtiöt, säätiöt ja yhdistykset ovat kunnasta erillisiä oikeushenkilöitä.¹⁸³ Niiden osalta pääsääntönä on kilpailuttamisvelvollisuus ja yhtiön suhdetta kuntaan on arvioita-

¹⁷⁹ HE 50/2006 vp s. 16.

¹⁸⁰ StVL 13/2006 vp s. 2.

¹⁸¹ TaVM 26/2006 vp s. 5.

¹⁸² EV 256/2006 vp s. 1.

¹⁸³ Hankintalakityöryhmän muistio 2004: 42; Sallinen 2007: 237.

va mahdollisena sidosyksikköhankintana. Myös kuntien erilaisia yhteistyöjärjestelyjä tulee arvioida myös sidosyksikkönäkökulmasta, mikäli ne eivät muulla perusteella rajaudu hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle¹⁸⁴. Mikäli kunta valvoo sitä kuin omia toimipaikkojaan ja sen toiminta kohdistuu pääasiassa kuntaan, yhtiö on kunnan sidosyksikkö ja hankinnan voi tehdä kilpailuttamatta. Mikäli sidosyksikköaseman kriteerit eivät täyty, on hankinta kilpailutettava hankintalain mukaisesti.¹⁸⁵

Sidosyksikköhankintojen sääntelyssä on nähtävissä aiemmin mainittu kilpailuoikeudessa yleinen tulkintamalli, jonka mukaan toiminnan tarkoitus on juridista muotoa tärkeämpää. Ei siis ole merkitystä sillä, missä muodossa kunnan yksikkö toimii (esimerkiksi yhtiönä vai osana kunnan omaa organisaatiota), jos sen tarkoitus on kuitenkin toiminnallisesti olla osa kuntaa ja kunta ohjaa sen toimintaa¹⁸⁶. Sidosyksikköhankintoihin tulisi kuitenkin Alkion ja Wikin mukaan suhtautua pidättyvästi, mikäli yksittäistapauksessa niillä on riski johtaa kilpailua estäviin tai vääristäviin vaikutuksiin¹⁸⁷.

Valvonta

Sidosyksikköhankintoja koskevan oikeuskäytännön perustana on yhteisöjen tuomioistuimen 18.11.1999 antama Teckal-ratkaisu¹⁸⁸. Sen jälkeen siinä luodut sidosyksikköaseman kriteerit on vahvistettu oikeuskäytännössä useaan otteeseen ja tähän ratkaisuun viitataan edelleen taajaan.

Teckal-ratkaisussa oli kyse tilanteesta, jossa Vianon kunta oli antanut tarjouskilpailua järjestämättä kuntayhtymälle tehtäväksi hallinnoida tiettyjen kunnan rakennusten lämmityspalveluja. Vianon kunta kuuluu kyseiseen kuntayhtymään, joka oli perustettu hoitamaan tiettyjä energia- ja ympäristöpalveluja. Kuntayhtymän oli sääntöjensä mukaan oikeushenkikö ja liikkeenjohdollisesti itsenäinen. Lämmityspalve-

¹⁸⁴ Ks. luku 4.2., jossa tarkastellaan kuntien yhteistoiminnan ja julkisen hankinnan välistä rajanvetoa KHO:n ratkaisun valossa.

¹⁸⁵ Esim. Tapaus C-107/98.

¹⁸⁶ Myös kunnan organisaatiovapauden voisi liittää tähän pohdintaan; kunnalla on oikeus järjestää hallintonsa ja palveluntuotantonsa parhaaksi katsomallaan tavalla, joten periaatteessa myös yksityisoikeudellisten yhteisöjen perustaminen omaa palveluntuotanto-organisaation keventämiseksi tulee olla sallittua ilman, että siitä koituu suhteettomasti haittaa sellaisiin kuntiin verrattuna, jotka ovat päättäneet hoitaa kyseisen toimen jollakin toisella tavalla.

¹⁸⁷ Alkio & Wik 2004: 822.

¹⁸⁸ Tapaus C-107/98.

lujen alalla toimiva yksityinen yritys oli sitä mieltä, että Vianon kunnan olisi pitänyt järjestää tarjouskilpailu kyseisistä lämmityspalvelutehtävistä.

Tuomioistuin katsoi, että kyseessä oli rahallista vastiketta vastaan tehty kirjallinen sopimus, jonka kohteena oli tavaroiden hankinta. Sopimus oli siis hankintasopimus. Vianon kunnan on tuomioistuimen mukaan hankintaviranomaisena kilpailuttava hankintansa mikäli se tekee ne erillisen oikeushenkilön kanssa. Merkitystä ei ole sillä, onko toinen osapuoli hankintaviranomainen vai ei. 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 omistavien viranomaisten kanssa ei hankintaa tarvitse kilpailuttaa.

Tässä ratkaisussa oleellista oli siis sidosyksikön kriteerit: valvonta ja toiminnan kohdistuminen. Voidakseen tehdä hankinnan toiselta oikeushenkilöltä ilman kilpailutusvelvollisuutta hankintayksikön tulee valvoa tätä oikeushenkilöä niin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja lisäksi tämän oikeushenkilön toiminnan tulee kohdistua pääosin sen omistaviin viranomaisiin. Tuomioistuin ei kuitenkaan vielä Teckal-ratkaisussa millään tavalla avannut näitä kriteereitä eikä antanut ohjeita niiden tulkinnalle. Käytännössä tällainen oikeuden ratkaisussa annettu ohje on vailla käytännön merkitystä siihen saakka, kunnes sitä uudestaan käsitellään jonkun toisen hankintayksikön osalta. Mitä käytännössä sitten tarkoittaa, että valvoo yksikköä niin kuin omia toimipaikkojaan? Seuraavaksi käydään läpi yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä Teckal-ratkaisun jälkeen ilmenneitä tarkentavia määreitä kyseessä olevalla sidosyksikköaseman muodostumisen kriteerille.

11.1.2005 antamassaan tuomiossa yhteisöjen tuomioistuin korosti, että yksityinen yritys oikeushenkilön omistajissa sulkee pois sen mahdollisuuden olla hankintaviranomaisen sidosyksikkö. Tähän riittää vähemmistöosakkuus. Tuomioistuin perusteli näkökantaansa sillä, että yksityisen yrityksen osakkuus merkitsee sitä, että hankintaviranomainen ei voi valvoa kyseistä yhtiötä niin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan.¹⁸⁹ 13.10.2005 annettu tuomio koski käyttöoikeuden luovuttamista osakeyhtiölle, jonka osakepääoma on kokonaisuudessaan käyttöoikeuden luovuttavan julkisen viranomaisen omistuksessa sopimuksen tekohetkellä mutta lyhyen ajan sisällä osakepääoma oltiin avaamassa muiden omistukselle. Osakeyhtiön hallituksella oli huomattavat toimivaltuudet osakkeenomistajiin nähden ja yhtiön omistavan kunnan määräysvalta rajoittui sen oikeuteen nimittää

¹⁸⁹ Tapaus C-26/03 tuomion kohta 49.

enemmistö hallituksen jäsenistä. Tuomioistuimen mukaan kokonaisvaltaisesta lainsäädännön ja olosuhteiden tarkastelusta olisi seurattava, että käyttöoikeuden luovuttavalla viranomaisella olisi sellainen määräysvalta, että se voisi vaikuttaa ratkaisevasti sekä strategiaan tavoitteisiin että tärkeisiin päätöksiin. Tällaista ei kunnalla ollut, joten kyseessä ei ollut sidosyksikkö.¹⁹⁰

Omistuksen vaikutusta valvontaan käsiteltiin edelleen tuomiossa 11.5.2006, jonka mukaan hankintaviranomaisen yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa kokonaan omistama yhtiö voi lähtökohtaisesti olla kyseisen hankintaviranomaisen määräysvallassa samalla tavoin kuin sen omat yksiköt. Kuitenkaan ainoastaan omistuksen perusteella ei tätä päätelmää voida tehdä. Tapauksessa kunta omisti holdingyhtiön, joka puolestaan omisti kokonaan osakepääoman yhtiössä, jonka sidossuhdetta kuntaan tarkasteltiin. Molemmissa yhtiöissä hallintoneuvostoille oli annettu laajat valtuudet johtaa sekä yhtiön tavanomaista että poikkeuksellista toimintaa. Kunnalle ei ollut yhtiöjärjestyksissä varattu minkäänlaista erityistä määräysvaltaa rajoittaa hallintoneuvostoille myönnettyä toimintavapautta. Määräysvalta rajoittui siihen toimintavapauteen, joka yhtiöoikeudessa myönnetään osakkaiden enemmistölle. Lisäksi tuomioistuin huomautti, että holdingyhtiön välissä olo saattoi heikentää kunnan mahdollisesti omistuksensa perusteella omaavaa määräysvaltaa. Kunnalla ei katsottu olevan yhtiöön samanlaista määräysvaltaa kuin omiin yksiköihinsä.¹⁹¹ 19.4.2007 annetussa tuomiossa oli kyse yhtiöstä, jonka osakkeista 99 prosenttia oli Espanjan valtion omistuksessa ja loput jaettu neljän itsehallintoalueen kesken. Kansallisen lainsäädännön mukaan yhtiöllä oli velvollisuus toteuttaa näiden viranomaisten sille antamat toimeksiannot. Yhtiö ei itse voinut vahvistaa toimenpiteidensä hintoja eikä sen suhde mainittuihin itsehallintoalueisiin perustunut sopimussuhteeseen vaan oli hallinnonsisäinen, riippuvuussuhteessa hallintoon ja sille alisteinen, koska tämä yhtiö on niiden oma toiminnallinen väline ja tekninen yksikkö. Tuomioistuimen mukaan tällainen tilanne johtaisi siihen, että kyseessä ei ylipäänsä ole sopimus, jolloin hankintadirektiivi ei tulisi sovellettavaksi. Toisaalta tuomioistuin kuitenkin arvi-

¹⁹⁰ Tapaus C-458/03 tuomion kohdat 44, 64–70. Tässä tapauksessa merkittävää oli se, että sidosyksikköedellytysten varmistettiin koskevan myös käyttöoikeussopimuksia (tuomion kohta 62).

¹⁹¹ Tapaus C-340/04 tuomion kohdat 37–40.

oi valvooko itsehallintoalue kyseistä yhtiötä niin kuin omia toimipaikkojaan ja tuli siihen tulokseen, että näin on.¹⁹²

Edellä kuvatuista ratkaisuista voidaan tehdä se päätelmä, että sidosyksikkökriteerien täyttymistä on arvioitava aina tapauskohtaisesti ja kaikki asiaan vaikuttavat olosuhteet ja säädökset on otettava huomioon. Se, että valvoo kuin omia toimipaikkojaan, merkitsee tuomioistuimen mukaan sitä, että hankintaviranomaisella on mahdollisuus vaikuttaa ratkaisevasti sekä strategiaan tavoitteisin että tärkeisiin tavoitteisiin. Tällainen valvontavalta ei voi toteutua silloin, jos yhtiössä on yksityistä omistusta, vaikka vain vähemmistöosakkaana. Tämä johtuu tuomioistuimen mukaan siitä, että yksityinen pääoma tuo yritykseen luonteeltaan sellaisia tavoitteita, joita ei sääntele yleisen edun tavoitteiden saavuttamiselle ominaiset seikat ja vaatimukset, niin kuin viranomaisen toimintaa¹⁹³.

Lähtökohtaisesti se, että hankintaviranomainen omistaa joko yksin tai yhdessä muiden viranomaisten kanssa kokonaan yhtiön pääoman, voi olla osoitus siitä, että kyseinen hankintaviranomainen valvoo yhtiötä kuin omia toimipaikkojaan. Valvonta ei kuitenkaan aina ole riittävää tällaisissa tilanteissa, esimerkiksi silloin, kun yhtiön hallitukselle on annettu sellainen laaja toimivalta, jota hankintaviranomainen ei voi rajoittaa. Tällöin esimerkiksi kunnan kokonaan omistama osakeyhtiö ei suoraan omistuksen perusteella olisi kunnan määräysvallassa, vaan tilannetta tulisi arvioida tosiasiallisen valvonnan kautta. Yhteisöjen tuomioistuimen linjaa valvonnan arvioinnissa on pidetty tiukkana¹⁹⁴. Kansallista hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä omistuksen määrää pidettiin epäselvänä yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa. Yhteisöomistustilanteessakin on valvontavallan joka tapauksessa oltava tosiasiallista ja ehdotonta.¹⁹⁵ Ilmaisu *yksin tai yhdessä* viittaa siihen, että osittainenkin omistus saattaisi olla riittävää, mikäli muut omistajat ovat myös viranomaisia ja valvonta toteutuu kunkin osalta riittävässä laajuudessa. Hallituksen esityksen laatimisen jälkeen annettu, edellä mainittu ratkaisu tapauksessa C-295/05 selventää hieman omistukseen liittyvää problematiikkaa. Tuomioistuin totesi, että vaikka kullakin itsehallintoalueella oli hyvin pieni

¹⁹² Tapaus C-295/05 tuomion kohdat 50–51, 54, 57–60, 64–65.

¹⁹³ Tämä on lisäksi yhdenvertaisuusperiaatteen vastaista, sillä näin osakkaana olevalle yksityiselle yritykselle annetaan etu sen kilpailijoihin nähden. Tapaus C-26/03 tuomion kohta 51.

¹⁹⁴ Savola 2006: 41.

¹⁹⁵ HE 50/2006 vp s. 62.

omistusosuus kyseessä olevasta yhtiöstä, oli valvonta tosiasiasa sellaista kuin omienkin toimipaikkojen suhteen.¹⁹⁶ Kaiken kaikkiaan siis pelkästään omistuksen määrän perusteella ei voida tehdä ratkaisevia päätelmiä suuntaan tai toiseen. Ainoa, mitä yhteisöjen tuomioistuin on pitänyt omistuksen suhteen selvänä, on se, että sidosyksikössä ei voi olla yksityistä omistusta. Kuitenkin valvontakriteerin täyttyminen kaikkien omistajien osalta on hyvinkin mahdollista sellaisissakin tapauksissa, joissa kunnat omistavat yhdessä jonkin yhtiön. Hankintalakiyöryhmän mukaan arvioinnissa tulee ottaa huomioon ainakin hankintayksikön edustus sidosyksikön päättävissä elimissä sekä taloudellisia päämääriä koskevan päätäntävällän laajuus¹⁹⁷. Kuitenkaan tarkoituksenmukaista ei ole, että mikäli kunnilla katsotaan olevan määräysvalta niiden yhdessä omistamaan yhteisöön, kaikilta edellytettäisiin samansuuruista omistusosuutta. Tällöin käytännössä suurimmassa osassa tapauksista määräysvalta olisi vain yhdellä kunnalla, koska yhteistoinnassa toimivat usein yksi suurempi kunta ja useampi tämän pienempi naapurikunta.¹⁹⁸

Sekä yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuisa että hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä on painotettu, että sidosyksikköasemaan liittyviä seikkoja on aina arvioitava tapauskohtaisesti¹⁹⁹. Siksi onkin mahdotonta esittää mitään sellaista listaa, jossa määriteltäisiin eksaktisti ne olosuhteet, joissa valvonnan voi katsoa olevan sellaista kuin se on omien toimipaikkojen osalta. Muutamia valvontaa tosiasiasa heikentäviä tekijöitä voidaan kuitenkin edellä kuvattujen yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisujen perusteella mainita. Sellaisia ovat ainakin yhtiön hallitukselle myönnetty laaja toimintavapaus ilman tarvetta osakkeenomistajien suostumukselle sekä mahdollinen välikäsi, esimerkiksi holdingyhtiö, omistuksessa. Riittävää valvontaa ei takaa myöskään ainoastaan se toimintavapaus, joka yhtiöoikeuden mukaan kuuluu osakkaiden enemmistölle.

¹⁹⁶ Toisin 12.2.2005 annetussa ratkaisussa tapauksessa C-231/03. Tapauksessa oli kyse konsessiosopimuksesta, johon ei sovelleta hankintadirektiiviä eikä peruspalveludirektiiviä, josta huolimatta tuomioistuin pohti omistuksen määrän vaikutusta määräysvaltaan. Kyse oli osakeyhtiöstä, josta julkisyhteisöt omistivat osake-enemmistön ja kyseinen kunta 0,97 prosenttia. Tämä ei ollut sellainen osuus, joka olisi tuottanut kunnalle ratkaisevaa määräysvaltaa yhtiöön. Tuomioistuin totesi myös, että osakeyhtiötä ei voitu pitää osakkaana olevien kuntien sisäisen hallinnon rakenteena, koska se oli osittain avoinna yksityiselle pääomalle.

¹⁹⁷ Hankintalakiyöryhmä muistio 2004: 42.

¹⁹⁸ Graver 2005:138.

¹⁹⁹ Tapaus C-458/03 tuomion kohta 65; HE 50/2006 vp s. 61.

Toiminnan kohdistuminen

Monesti yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuihin on riittänyt, että tarkastellaan hankintaviranomaisen valvonta- ja määräysvaltaa mahdolliseen sidosyksikköön. Nimittäin jos valvonta ei ole samanlaista kuin omien toimipaikkojen osalta, kyseessä ei ole sidosyksikkö eikä siten ole enää tarpeen arvioida toiminnan kohdistumista. Mikäli valvontaa koskeva kriteeri täyttyy, on kuitenkin arvioitava sitä, harjoittaako mahdollinen sidosyksikkö pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa. Vasta molempien ehtojen toteutuessa kyseessä on sidosyksikkö ja hankinta on mahdollisuus toteuttaa kilpailuttamatta. 11.5.2006 antamassaan tuomiossa tapauksessa C-340/04 yhteisöjen tuomioistuin linjasi sidosyksikköhankintoihin liittyvää toiminnan kohdistumisen kriteeriä. Ratkaisussa todettiin, että toiminnan kohdistumisen arvioinnissa on otettava huomioon kaikki ne toiminnot, joita yksikkö harjoittaa sen perusteella, että hankintaviranomainen on tehnyt sen kanssa hankintasopimuksen. Merkitystä ei ole sillä, kuka suorittaa maksun, tai millä alueella toimintaa harjoitetaan.²⁰⁰ Tilanteessa, jossa esimerkiksi kunta tekee hankintasopimuksen palveluista sidosyksiköltään ja käyttäjät maksavat nämä palvelut, sidosyksikön toiminnan katsotaan kohdistuvan kuntaan. Myöskään se ei siis ole merkityksellistä, suorittaako sidosyksikkö näitä palveluja juuri tämän kunnan alueella. Tätä seikkaa saatetaan joutua arvioimaan kuntien yhdessä omistamien yhtiöiden kohdalla, jos suurin osa toiminnasta tapahtuu vain osassa yhteistyösapuolina olevista kunnista.

Samassa ratkaisussa tuomioistuin otti kantaa myös siihen, onko toiminnan kohdistuttava juuri siihen nimenomaiseen viranomaiseen, joka on tekemässä hankintaa tilanteessa, jossa yksikön omistajina on useampi viranomainen. Tuomioistuin viittasi jo Teckal-ratkaisussa ilmaistuun sanamuotoon, jonka mukaan yksikön on harjoitettava pääosa toiminnastaan ”sen omistavien viranomaisten kanssa”. Toiminnan kohdistumista koskeva ehto voi siis täytyä, vaikka yksikön toiminnasta pääosa ei kohdistuisikaan yksittäiseen omistajaviranomaiseen. Yksikön katsotaan olevan tältä osin sidosyksikköasemassa, mikäli sen toiminta pääosin kohdistuu sen omistaviin julkisyhteisöihin yhdessä,

²⁰⁰ Tapaus C-340/04 päätösoosan 3 kohta.

kokonaisuutena.²⁰¹

Miten arvioidaan tilannetta, jossa yksikön toiminta kohdistuu sellaiseen viranomaiseen, jonka omistuksessa se ei ole? Teckal-ratkaisussa ilmaistu oikeusohje ilmensi jo melko selvästi, että toiminnan on kohdistuttava nimenomaan niihin hankintayksiköihin, jotka omistavat kyseisen yksikön. Hankintojen sääntelyn ja kilpailuttamisvelvoitteen tarkoituksena on taata tavaroiden ja palvelujen vapaa liikkuvuus sekä hankintojen avaaminen vääristymättömälle kilpailulle. Tuomioistuimen mukaan kaikkia poikkeuksia tästä velvoitteesta on tulkittava suppeasti.²⁰² Tämänkin perusteella voisi jo päätellä, että mikäli jokin ohje poikkeukselle on ilmaistu, ei sitä voi alkaa tulkitsemaan laajemmin kuin mitä sanamuoto antaa ymmärtää.²⁰³

Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuissa käytetään toistuvasti sanaa ”pääosa” toiminnan kohdistumisen yhteydessä. Mikä on pääosa? Tarkoittaako se yli puolta toiminnasta? Tuomioistuimen mukaan tämä tarkoittaa sitä, että yksikön toiminta on pääosin omistettu sen omistavalle julkisyhteisölle ja kaikella muulla toiminnalla on vain toisarvoinen merkitys²⁰⁴. Hankintalakia koskevassa hallituksen esityksessä asia on ilmaistu siten, että toiminta ei saa merkittävässä määrin kohdistua muihin hankintayksiköihin tai yksityisille markkinoille, paitsi silloin kun tällaisen toiminnan osuus koko sidosyksikön toiminnasta on hyvin pieni.²⁰⁵ Peruspalveluiden osaltahan toiminnan tulee kohdistua 80-prosenttisesti omistajina oleviin hankintayksiköihin. Yhteisöjen tuomioistuin on kuitenkin katsonut, että tämän säännön suoraa soveltamista ei voida ulottaa viranomaissektorin hankintoihin.²⁰⁶ Sidosyksikköaseman poissulkevan muualle kohdistuvan toiminnan määrälle ei siis ole olemassa yksiselitteistä ohjetta. Yhteisöjen tuomioistuimen sidosyksikköhankintoja koskevassa ratkaisukäytännössä on korostettu, että arviointi tulee tehdä tapauskohtaisesti. Kun otetaan huomioon tuomioistuimen kanta, jonka mukaan kaikkia poikkeuksia kilpailutusvelvoitteesta on tulkittava suppeasti ja hankintayksiköllä on edellytetty olevan lähes yksinoikeus sidosyksikön palveluihin, voisi olettaa

²⁰¹ Tapaus C-340/04 tuomion kohdat 68–71.

²⁰² Tapaus C-26/03 tuomion kohdat 44–46.

²⁰³ Hallituksen esityksessä on selkeästi ilmaistu, että toisiinkin hankintayksiköihin kohdistuva toiminta vähentää sidosyksikköaseman mahdollisuuksia. HE 50/2006 vp s. 62.

²⁰⁴ Tapaus C-340/04 tuomion kohta 63.

²⁰⁵ HE 50/2006 vp s. 62.

²⁰⁶ Direktiivi 2004/17/EY artikla 23; Tapaus C-340/04 tuomion kohdat 55–57.

että hyvin pieni osa toiminnasta voisi kohdistua muualle, ”pääosan” tarkoittaen siten lähes sataa prosenttia. Jos esimerkiksi kuntayhtymän kaiken toiminnan tulee kohdistua sen jäsenkuntiin, eikä sillä siten ole mahdollisuutta toimia kaupallisena toimijana markkinoilla, sen voi katsoa olevan taloudellisesti jäsenkuntiansa valvonnassa²⁰⁷. Tällaisessa tilanteessahan se olisi täysin riippuvainen jäsenkuntien päätöksistä ostaa palveluja.

Kaiken kaikkiaan toiminnan kohdistumiseen liittyvän ehdon tarkoitus on varmistaa se, että hankintasäännöksiä voidaan edelleen soveltaa sellaisissa tilanteissa, joissa yhden tai useamman julkisyhteisön määräysvallassa oleva yritys toimii markkinoilla ja voi siten kilpailla muiden yritysten kanssa²⁰⁸. Mikäli markkinoilta toimivalta yritykseltä voitaisiin tehdä hankintoja kilpailuttamatta, asetettaisiin muut samoilla markkinoilla toimivat yritykset erilaiseen asemaan. Tämä sama pätee toki esimerkiksi kuntayhtymiin. Mikäli kuntayhtymä toimii kaupallisin perustein, on sen oltava jäsenkuntien määräysvallassa ja sen toiminnan on kohdistuttava pääasiassa näihin kuntiin, jotta ne voisivat tehdä siltä hankintoja kilpailuttamatta.²⁰⁹ Arvioinnissa on otettava huomioon paikallisten markkinoiden rakenne ja julkisyhteisöjen toiminnan vaikutus niihin. Kilpailu markkinoilla ei saisi vääristyä sen vuoksi, että julkisyhteisöt antavat perusteetonta kilpailuetua joillekin yksiköille suorittamalla näiltä suorahankintoja. Tämä koskee samalla tavalla sekä yksityisessä että julkisessa omistuksessa olevia yksiköitä, jos ne toimivat markkinoilla.

Valvonta osakeyhtiössä

Edellä selostetuista yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuksista käy ilmi, että se seikka, että kunnat omistavat kokonaan osakeyhtiön pääoman, ei välttämättä vielä takaa valvonnan riittävyyttä. Tuomioistuin on todennut myös, että pelkästään se toimintavapaus, joka yhtiöoikeudessa myönnetään osakkaiden enemmistölle ei takaa määräysvallan riittävyyttä. Määräysvaltaa on aina arvioitava tapauskohtaisesti, mutta on mahdollista yleisellä tasolla tarkastella niitä seikkoja, joita arvioinnissa voi ottaa huomioon, toisin sanoen niitä välineitä, joilla kunta voi valvoa ja kontrolloida osittain tai kokonaan omista-

²⁰⁷ Graver 2005: 136–137.

²⁰⁸ Tapaus C-340/04 tuomion kohta 60.

²⁰⁹ Graver 2005: 144.

maansa osakeyhtiötä ja sen toimintaa.

Kunta ei voi valvoa omistamiaan yhtiöitä samalla tavalla kuntalain mukaisin keinoin kuin omaan organisaatioon kuuluvia yksiköitä. Kunnanvaltuustolla tai -hallituksella ei ole mahdollisuutta antaa sitovia määräyksiä osakeyhtiön toimielimille, vaikka kunta omistaisi yhtiön kokonaisuudessaan. Kunnan omistamiin yksityisoikeudellisiin yhteisöihin sovelletaan niitä koskevia säännöksiä ja siten esimerkiksi osakeyhtiö toimii osakeyhtiölain mukaisesti. Sen sijaan kunta voi päättää, kuinka käyttää omistajuuteensa perustuvaa määräysvaltaansa osakeyhtiön yhtiökokouksessa.²¹⁰ Kunnan valitessa edustajansa yksityisoikeudellisen oikeushenkilön kokoukseen kysymyksessä on *valtuutus*. Valtuutuksen antajana kunta voi antaa edustajalle toimiohjeita, jotka ovat sitovia.²¹¹

Yhtiökokous valitsee (yleensä) hallituksen jäsenet. Kunnalla on yhtiökokousedustajan kautta mahdollisuus vaikuttaa hallituksen muodostamiseen. Yhtiökokous voi päättää myös hallituksen ja hallintoneuvoston yleistoimivallasta, joka voi olla hyvinkin laaja. Tällöin hallitus voi yhtiökokouksen estämättä suorittaa toimia, jotka kuuluvat sen toimivaltaan. Osakeyhtiölain (21.7.2006/624) 1 luvun 8 §:n mukaan yhtiön johdon on toimillaan edistettävä yhtiön etua. Valkama on eritellyt erilaisia näkemyksiä kunnan edustajan asemasta yhtiön hallituksessa; asiaa on pohdittu mm. yhtiöoikeudellisen vastuun ja virkavastuun suhteesta kunnan viranhaltijan toimiessa hallituksessa. Valkama itse tulee siihen tulokseen, että kunta ei voisi antaa sitovia ohjeita yhtiön hallituksessa toimivalle kunnan edustajalle. Mikäli näin voitaisiin toimia, olisi järjestely omiaan vääristämään kilpailuasetelmia, kun kunta voisi määrätä esimerkiksi yhtiön tekemien tarjousten sisällön.²¹²

Yhtiökokous päättää yhtiöjärjestyksestä, jossa puolestaan voidaan määrätä mitä moninaisimpia asioita yhtiön johdosta, toiminnasta ja päätöksenteosta: esimerkiksi eri osakelajit voidaan määrittää niin, että kunnan omistamat osakkeet tuottavat suuremman ääni-

²¹⁰ Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 9. Yhtiökokous onkin juridisessa mielessä ainoa kunnan suoran kontrollin mahdollisuus yhtiön suhteen (Valkama 2004: 177).

²¹¹ Heuru 2001: 183, 223.

²¹² Valkama 2004: 185.

määrän²¹³. Yhtiöjärjestyksestä ei kuitenkaan käytännössä käytetä aktiivisesti kontrollivälineenä, tavallisesti kuntayhtiöiden yhtiöjärjestykset laaditaan minimimallin mukaan²¹⁴. Muita omistajakunnan kontrollin välineitä ovat kunnan ja yhtiön väliset sopimukset, konserniohjeet ja yhtiön avaava tase²¹⁵. Kaksi viimeksi mainittua liittyvät siis kuntakonserniin, johon kuuluvat kuntalain 16 a §:n mukaan sellaiset yhteisöt, joihin kunnalla on kirjanpitolain (30.12.1997/1336) 5 §:n mukainen määräysvalta. Tällainen muodostuu esimerkiksi, kun kunnalla on enemmän kuin puolet yrityksen kaikkien osakkeiden tuottamasta äänimäärästä. Kunnanvaltuuston mahdollisuutta kontrolloida kunnallisten yhtiöiden toimintaa on kuntalaissa (68 §) pyritty parantamaan säätämällä velvollisuus konsernitaseen laatimiseen²¹⁶. Kunnat antavat myös konserniohjeita, joihin voidaan sisällyttää sellaisia määräyksiä, joita kunta voi antaa joko omistajuuteen perustuvalla määräysvallalla tai kunnan sisäisiä hallinnollisia määräyksiä ja ohjeita. Tällaisia ovat esimerkiksi kunnan yhtiökokousedustajien pysyväisluonteiset ohjeet. Konserniohjeiden osalta itse tytäryhtiötä välittömästi oikeudellisesti sitovaa on ainoastaan konsernitilinpäätöstä varten tarvittavien tietojen antamisen ohjaus.²¹⁷ On huomattava, että luonnollisesti osakeyhtiö tai muu yhteisö voi kuulua vain yhden kunnan konserniin. Tällöin kuntien yhteisen osakeyhtiön osalta vain yhdellä kunnalla voi olla käytössään kontrollivälineinä konserniohjeet ja konsernitilinpäätös. Yhtiökokouksessa päätöksen vaatiessa enemmistön äänistä, tämä ei voi toteutua kuin yhden kunnan osalta.

Kunnat voivat kontrolloida yhtiöitään myös sopimuksin. Sopimus voi koskea yhtiöittämisvaihetta tai yksittäisiä toimeksiantoja. Yhtiöittämisvaiheen sopimuksilla voidaan sopia esimerkiksi henkilöstön asemasta ja yhtiön tuottamista palveluista. Toimeksiantosopimukset koskevat yksittäisiä toimituksia tapauskohtaisesti.²¹⁸ Tällaisten sopimusten olemassaolo, sisältö ja vaikutus tulee ottaa huomioon kunnan määräysvaltaa arvioitaessa. Myös erilaiset rahoitukseen liittyvät seikat saattavat tosiasiallisesti vaikuttaa yhtiön toimintaan.

²¹³ Valkama 1993: 79.

²¹⁴ Osakeyhtiölain 2 luvun 3 §:n mukaan yhtiöjärjestykseen tulee aina sisältyä yhtiön toiminimi, kotipaikka ja toimiala.

²¹⁵ Valkama 2004: 176.

²¹⁶ Heuru ym. 2001: 230. Kuntalaki tuntee kuntakonsernin vain kirjanpidollisena käsitteenä, ei hallinnollisena kokonaisuutena.

²¹⁷ Konserniohjeista käytännössä ks. Kuntaliiton konserniohje.

²¹⁸ Valkama 2004: 176.

Käytännössä lienee mahdotonta, että useamman kunnan omistama osakeyhtiö olisi yhdenkään omistajakunnan määräysvallassa täysin samoin kuin niiden omat yksiköt ovat²¹⁹. Kuitenkin kilpailuoikeudellisesta määräysvallan käsitteestä voi johtaa päätelmän, jonka mukaan kunnat voivat yhdessä hallita yhtiötä²²⁰. Siten valvonnan tosiasiallinen luonne muodostuu monien tapauskohtaisten olosuhteiden summana. Arvioinnin on kohdistuttava yhtiöjärjestyksen määräyksiin yhtiön johdosta ja päätöksenteosta. Esimerkiksi hallituksen yleisen toimivallan laajuus ja toisaalta sille yhtiökokoukselta siirretyt päätöksentekovaltuudet ovat ratkaisevassa asemassa, koska kunnilla ei ole mahdollisuutta käyttää suoraan omistajanvaltaansa hallitukseen (vaikkakin sen jäsenten valintaan on).

Valvontakriteerin arviointi

Graver on esittänyt neljä vaihtoehtoa, joiden kautta valvontaa voisi tarkentaa. Ensinnäkin hän pohti, voisiko hankintasäännösten määritelmää julkisoikeudellisesta laitoksesta käyttää hyväksi myös tässä yhteydessä²²¹. Määritelmä on valvonnan suhteen kuitenkin melko ylimalkainen. Sen mukaan yksikön tulee olla ”hankintayksikön valvonnassa” tai hankintayksikön tulee voida nimittää yli puolet jonkin päättävän elimen jäsenistöstä. Tämä ei Graverin mukaan ole riittävää, koska sidosyksikköasemaan liittyvä kontrollikriteeri edellyttää mahdollisuutta vaikuttaa myös yksittäisiin päätöksiin.²²² Yhteisöjen tuomioistuimen mukaan määräysvalta ei ole riittävää pelkästään sen perusteella, että hankintayksiköllä on oikeus nimittää enemmistö hallituksen jäsenistä²²³. Tällöin esimerkiksi kuntayhtymä, jonka päättävän elimen jäsenistä jokin kunta voi nimittää yli puolet, ei vielä tämän perusteella ole kunnan määräysvallassa sidosyksikköaseman edellyttämällä tavalla.

Toiseksi Graver pohtii yhteisöoikeuden tarjoamaa käsitettä valvonnasta, joka perustuu

²¹⁹ Tämä ei ole tarkasti ottaen mahdollista edes silloin, kun kunta yksi omistaa yhtiön kokonaan, koska sillä ei voi olla täysin samanlaista ohjausvaltaa yksityisoikeudelliseen yhteisöön kuin sillä on omaan organisaatioonsa kuuluviin toimipaikkoihin.

²²⁰ Graver 2005: 140.

²²¹ Määritelmästä ks. luku 3.2.1.

²²² Graver 2005: 132–133.

²²³ Tapaus C-458/03.

omistajuuteen akselilla enemmistö–vähemmistö. Tämänkin hän kuitenkin hylkää, koska se ei ensinnäkään istu hänen ajatukseensa valvonnan toteutumisen toiminnallisesta ja käytännöllisestä arvioinnista. Omistajuutta ei myöskään ole pidetty ratkaisevana tekijänä yhteisöjen tuomioistuimen käytännössä. Kolmas lähestymistapa on kilpailuoikeudellinen. Yrityskauppavalvontaan liittyvässä sääntelyssä käytetään käsitettä keskittymä, joka syntyy kun hankitaan määräysvalta toisessa yrityksessä.²²⁴ Tämän määräysvallan arviointiin vaikuttavat oikeudet, sopimukset ja muut keinot, joilla olosuhteet huomioon ottaen on mahdollisuus käyttää määräysvaltaa yrityksessä. Arviointi tehdään siis kokonaistilanteen perusteella. Määräysvallan mahdollisuus riittää, sen käyttämistä ei edellytetä. Huomionarvoista tässä määräysvallan määrittelyssä on, että se voi olla useammalla yksityis- tai julkisoikeudellisella yhteisöllä yhdessä. Tällöin kyse on tosiasiasa mahdollisuudesta estää määräysvallassa olevan yrityksen kannalta tärkeitä asioita koskevat päätökset, koska kaikkien osakkaiden on päästävä yksimielisyyteen päätöksistä.²²⁵ Tämäkään kontrollikäsite ei sinällään puhtaasti sovi sidosyksikköaseman arvioimiseen, koska yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on yksiselitteisesti todettu, että sidosyksikköasemaa ei voi muodostua, jos kontrolloitavassa yhteisössä on mukana yksityistä omistusta²²⁶.

Graver päättyy siihen tulokseen, että sidosyksikköaseman määräytymistä arvioidessa määräysvallalle on muodostettava itsenäinen määritelmä. Tällöin huomio on kiinnitettävä enemmän reaaliin, ei niinkään muodollisiin argumentteihin. Kuntien yhteistyön osalta arvioinnin tulisi olla kokonaisvaltaista tarkastelua siitä, kuuluuko toimittaja kuntien perustamaan yhteistyöorganisaatioon.²²⁷ Mäkinen on pohtinut kontrollikriteeriä valvonnan *tarpeen* kautta. Hänen mukaansa, mikäli kaksi kuntaa tekevät yhteistyötä, ei kontrollin tai sen mahdollisuuden tarvitsisi olla samantasoista kuin esimerkiksi osakeyhtiöiden suhteen. Tämä johtuu siitä, että kunnilla on toiminnassaan sama päämäärä eli yleisen edun mukaisuus ja perusoikeuksien toteutumisen edistäminen.²²⁸ Samanlainen ajatus on esiintynyt yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisuisissa, joissa yksityinen omistus suljetaan pois sidosyksiköistä sillä perusteella, että yksityinen pääoma tuo yritykseen

²²⁴ Tarkemmin ks. Neuvoston asetus 4064/89/ETY yrityskeskittymien valvonnasta.

²²⁵ Alkio & Wik 2004: 400–403.

²²⁶ Graver 2005:134; Asia C-26/03; Asia C-458/03.

²²⁷ Graver 2005: 136.

²²⁸ Mäkinen 2005: 202.

luonteeltaan sellaisia tavoitteita, joita ei sääntele yleisen edun tavoitteiden saavuttamisella ominaiset seikat ja vaatimukset, kuten viranomaisten toimintaa²²⁹. Kuitenkaan tuomioistuin ei ole viitannut siihen, että mikäli toimintaa ohjaavat samanlaiset periaatteet, valvontaa ei tarvitsisi olla samanlaisessa laajuudessa.

Hankintasääntelyssä ja sen soveltamisessa on useassa yhteydessä nähtävissä samanlainen tulkintamalli, kuin mitä Graver esittää valvonnan osalta eli arvioinnin suorittaminen enemmän reaalisten argumenttien kautta. Kuntien yhteistyön osalta esimerkiksi sopimuksen luonteen arviointia akselilla julkisoikeudellinen–yksityisoikeudellinen ei ole nostettu ratkaisevaan asemaan. Hankintasopimuksen määrittelyä selkiyttäisi jonkin verran, jos sen voisi sanoa olevan aina puhtaasti yksityisoikeudellinen. Sopimuksen juridisella luonteella ei kuitenkaan ole välitöntä merkitystä hankintalain soveltamisen arvioinnissa. Toisaalta julkisoikeudellisen laitoksen määritelmän tarkoitus on toinen seikka, jossa näkyy toiminnan tarkoituksen ja tosiasiallisen luonteen korostaminen. Mikäli hankintayksikkö olisi määritelty olevan vain viranomainen, olisi hankintasääntelyä mahdollista kiertää esimerkiksi yhtiöittämällä toimintaa. Julkisoikeudellinen laitos on määritelty lakiin juuri sen takia, että toiminnan todellinen tarkoitus ratkaisisi soveltamisen, ei niinkään juridinen muoto. Hankintaa arvioidaan myös aina kokonaisuutena, eikä esimerkiksi hankinnan keinotekoinen pilkkominen kynnyсарvojen alittamiseksi vapauta hankintalain kilpailuttamisvelvoitteesta.

Edellä kuvatut seikat puoltavat sitä, että myös puheena olevassa hankintalainsäädännön soveltamisalaan liittyvässä kysymyksessä arviointi tulisi suorittaa samaa ajatusmallia noudattaen eli toiminnan todellista tarkoitusta ja reaalisia argumentteja korostaen. Valvontakriteeriä ja yleisemminkin sidosyksikköasemaa tulisi siis arvioida syvemmin kuin pelkästään muodollisesti. Mäkinen korostaa, että hankintojen sääntelyn tarkoituksena on turvata tehokkaat markkinat ja estää syrjintää, ei vaikeuttaa kuntien yhteistyötä. Sen vuoksi Mäkinen onkin sitä mieltä, että kuntien yhteistyö tulisi tältä osin rinnastaa omana työnä tekemiseen, koska siihenkään ei hankintalainsäädäntöä sovelleta.²³⁰ Voisikin ehkä ajatella niin, että kuntien välisen yhteistyön edistäessä molempien kuntien osalta asuk-

²²⁹ Tapaus C26/03 tuomion kohta 51.

²³⁰ Mäkinen 2005: 202–204.

kaiden hyvinvointia ja kestäväää kehitystä, ei tällaista toimintaa tulisi suotta hankaloittaa. Tällöin korostuisi siis kuntien sama päämäärä ja toiminnan tarkoitus. Toisaalta voidaan esittää aivan päinvastainen näkemys, jonka mukaan hankintalaki toteuttaa nimenomaisesti sekä taloudellisesti, sosiaalisesti että ekologisesti kestäväää kehitystä. Tällöin sen noudattaminen mahdollisimman monenlaisissa yhteistyömuodoissa turvaisi kestävän kehityksen ja sitä kautta edistäisi asukkaiden hyvinvointia.

Kun pohditaan Valkaman esittämää kuntien palvelujen ulkoistamisen vaikutusta kilpailuneutraliteettia heikentävästi, ei kuntien yhteistyön sulkeminen hankintalain ulkopuolelle välttämättä ole markkinoiden toimivuuden ja siten taloudellisesti kestävän kehityksen ja kuntalaisten hyvinvoinnin mukaista²³¹. Valkaman pohtima ulkoistaminen voitaisiin ulottaa jopa yhteistyöhön, siten että kilpailuneutraliteetin markkinoilla takaisi vasta tilanne, jossa kunnat kilpailuttaisivat yhteistyökumppaninsa siinäkin tilanteessa, että periaatteessa yhteistyö olisi hankintasäännösten osalta sallittua ilman kilpailutusta.

Edellä kuvatut näkökulmat sidosyksikköasemaan liittyvän valvontakriteerin arvioinnista funktionaalisiin perusteisiin kyseenalaistavat kuitenkin näkemykseni mukaan monesti esitetyn vaateen siitä, että sidosyksikköaseman kriteerit tulisi yksiselitteisemmin määritellä ja kirjata lakiin. Myös kuntien yhteistoiminnan ja julkisen hankinnan välinen rajanveto tulee olemaan hankalaa, mikäli paino on toiminnan tarkoituksen arvioinnilla. Tällainen arviointi edellyttää kaikkien kussakin tapauksessa merkityksellisten seikkojen huomiointia, enkä pidä mahdollisena, että lain säätämisen yhteydessä pystyttäisiin ennakoimaan kaikkia olosuhteita. Tokikaan tämä ei koskaan ole mahdollista lakia säädettäessä, mutta tässä tapauksessa korostuu erityisen voimakkaasti sellaiset argumentit, joita on vaikea yleistää.

Sidosyksikköhankintoja arvioitaessa tulee aina muistaa, että hankinnan tulee luonnollisesti kuulua asiallisesti hankintalainsäädännön soveltamisalaan, jotta kilpailutusvelvoite aktualisoituisi. Mielessä on myös pidettävä se, että vaikka hankinta tapahtuisi hankintayksikköön sidossuhteessa olevalta yksiköltä, kaikkia tarjouskilpailuun osallistuvia on kohdeltava tasapuolisesti, jos hankinta on sidosyksikköasemasta huolimatta päätetty

²³¹ Valkama 2004: 229–232, selostettu enemmän luvussa 2.4.

kilpailuttaa. Tarjouskilpailussa mukana oleva kunnan oma yksikkö tai muu sidosyksikkö on samassa asemassa tarjouskilpailussa ulkopuolisten tarjoajien kanssa. Muutoinkin hankintalainsäädäntöä on kaikilta osin noudatettava, mikäli tarjouskilpailu järjestetään.²³²

²³² Tarjouskilpailun osalta yritysten on helpompi seurata hankintayksiköiden toimintaa. Mikäli hankinta tehdään (ehkä kiellettyinä) suoraan sidosyksiköltä, ei tapaus välttämättä tule mahdollisten yksityisten tarjoajien tietoon eikä siitä siten valiteta. Hankintadirektiivin tarkoittamaa suorahankintaa on tältä kannalta pohtinut Pedersen (2006: 588).

5. JOHTOPÄÄTÖKSET JA KEHITTÄMISTARPEET

Tutkimuksessa on pohdittu kunnan toimintaa sekä erityisesti kuntien välistä yhteistyötä ja sen suhdetta hankintalainsäädäntöön. Kunnan tulee kaikessa toiminnassaan ottaa huomioon kuntalaisten hyvinvoinnin edistäminen ja kestävä kehitys periaate. Kestävän kehityksen periaatteen voi nähdä sisäkirjoitettuna hankintalakiin. Kestävän kehityksen kolmea ulottuvuutta – ekologinen, taloudellinen ja sosiaalinen – toteuttavat hankintalain periaatteet ympäristönäkökohtien huomioon ottamisesta, kilpailumahdollisuuksien hyödyntämisestä ja tasapuolisesta ja syrjimättömästä kohtelusta. Näin ollen kunnan hankinnoissa toteutuu kestävä kehitys periaate, kun toiminta tapahtuu hankintalainsäädännön periaatteita noudattaen. Siksi kestävä kehitys periaatteen toteutumisen ja sitä kautta asukkaiden hyvinvoinnin edistämisen kannalta hankintalainsäädännön soveltaminen kuntien toimintaan mahdollisimman laajasti olisi perusteltua. Lisäksi taloudellisesti kestävä kehitys ja asukkaiden hyvinvointi tulee ottaa huomioon, kun esimerkiksi annetaan tehtäviä toisen kunnan hoidettavaksi tai hankitaan palveluja yksityisiltä tuottajilta.

Hallinnon toissijaisuuden periaatteelle annettavasta painoarvosta on esitetty monen suuntaisia näkemyksiä, mutta mitään järin dramaattista tuskin on syytä asiasta päätellä. Hallinnon toissijaisuuden periaate voisi joissain äärimmäisissä tilanteissa edellyttää, että mikäli yksityiset hoitaisivat jonkin kunnan hoitaman tehtävän paremmin ja tehokkaammin, olisi kunnan luovuttava siitä. Käytännössä toissijaisuuden periaate tarkoittaa kuitenkin, että kunta ei voi *ottaa* itselleen tehtäviä, joita yksityiset pystyvät hoitamaan. Toisin sanoen, kunta voi edelleen hoitaa omana työnä sellaiset toiminnot, jotka se on perinteisesti hoitanut, eikä ulkopuolelta tehtäviin hankintoihin pakota mikään.

Kunnille on kuntalaissa annettu mahdollisuus eräitä erityislainsäädännöllä säänneltyjä pakollisia kuntayhtymiä lukuun ottamatta vapaasti valita, hoitavatko ne tehtävänsä itse vai yhteistyössä toisten kuntien kanssa. Lisäksi kunta voi hankkia lakisääteisten tehtävien hoitamisessa tarpeelliset palvelut myös yksityisiltä palvelun tuottajilta. Yleisen toimialansa piiriin kuuluvat tehtävät kunta voi hoitaa joko itse tai yhteistyössä toisten kuntien kanssa käyttämällä kuntalain mukaisia yhteistoimintamalleja taikka yhteistyös-

sä yksityisten toimijoiden kanssa. Kuntalain mukaisia yhteistoimintamuotoja ovat kuntayhtymän perustaminen ja sopimuksin toteutettava yhteistoiminta, jossa tehtäviä voidaan antaa toisen kunnan hoidettavaksi tai perustaa tehtävien hoitamista varten yhteinen virka tai toimielin. Kunnat tekevät yhteistyötä myös muilla kuin kuntalain tarkoittamilla tavoilla, eikä kuntien yksityisoikeudellista yhteistyötä olekaan kuntalaissa rajoitettu. Kunnan on yhteistyöjärjestelyjä suunnitellessaan otettava huomioon niiden vaikutus kilpailuasetelmiin sekä kuntalaisten itsehallintoon ja osallistumismahdollisuuksiin.

Kansallisten kynnysarvojen alle jäävät hankinnat kunta voi toteuttaa omien hankintaohjeidensa mukaisesti. Tällaisissakin hankinnoissa kunnan on kuitenkin otettava huomioon hallinnon yleiset oikeusperiaatteet kuten muussakin toiminnassaan. Myös perustamissopimuksen periaatteet, erityisesti kansalaisuuteen perustuva syrjinnän kieltö, on otettava huomioon myös sellaisissa hankinnoissa, jotka eivät kuulu hankintalainsäädännön soveltamisalaan. Rooman sopimusta koskevaan oikeuskäytäntöön ja kansallisesti yleisesti tunnustettuihin hallinnon avoimuusvaatimukseen perustuva avoimuuden periaate edellyttää hankinnoista ilmoittamista asianmukaisessa laajuudessa myös arvoltaan vähäisten hankintojen osalta.

Kunnilla on mahdollisuus hankintaosaamisen keskittämiseen yhteishankintayksiköiden kautta. Yhteishankintayksikkö on sellainen hankintayksikkö, joka on perustettu nimenomaisesti hoitamaan yhteishankintatehtäviä ja on sen palveluja käyttävien hankintayksiköiden suoraan tai välillisesti omistama. Kunnat voivat tehdä hankintoja yhteishankintayksiköltään ilman kilpailuttamista. Yhteishankintayksiköiden merkityksen on arvioitu kasvavan, kun hankintatoimessa tarvitaan yhä enemmän erityistä hankintaosaamista.

Kun arvioidaan kuntien yhteistyön suhdetta hankintalainsäädäntöön, on arvioitava onko kyseessä hankintasopimus, mikäli kyse ei ole sellaisesta lakisääteisestä yhteistoiminnasta, johon ei sovelleta hankintalakia. Yhteistyöjärjestelyjen tarkastelussa voi huomion kiinnittää siihen, tapahtuuko toiminta todella yhteistyössä, vai onko kyseessä puhtaasti korvausta vastaan suoritettava kapallinen palvelun myynti, jolloin todennäköisesti on kyseessä hankintalain tarkoittama julkinen hankinta. Kunnan omaan toimintaan ei sovelleta hankintalakia, ja kunnalla on vapaus hoitaa tehtävänsä joko yksin tai yhteistyös-

sä muiden kuntien kanssa. Tämän vuoksi onkin esitetty, ettei kuntien yhteistyöhönkään tulisi soveltaa hankintalakia.²³³

Hankinta toteutetaan aina hankintasopimuksella, jonka kaupallisuuden arvioinnissa korkein hallinto-oikeus on ottanut huomioon mm. kustannusten ja riskien jakautumisen. Mikäli kyseessä on sopimus, jonka voi luokitella hankintasopimukseksi, poikkeuksellisesti ainoastaan siinä tapauksessa, että kyseessä on hankintayksikön sidosyksikkö, hankinta voidaan tehdä kilpailuttamatta. Sidosyksikköaseman määräytymisen kriteerit on luonut Euroopan yhteisöjen tuomioistuin, joka on myös useaan otteeseen tarkentanut niitä. Sidosyksikköasemassa kuntaan nähden voi olla esimerkiksi sen osittain tai kokonaan omistama osakeyhtiö, osuuskunta tai kuntayhtymä. Nämä ovat kunnan organisaatioon kuulumattomia, jolloin pääsääntönä on hankintojen kilpailuttamisvelvollisuus.

Sidosyksikköaseman määräytymisessä painotetaan yleisesti tapauskohtaista harkintaa ja olosuhteiden kokonaisvaltaista huomioon ottamista. Tämä ei kuitenkaan anna juuri apua käytännön toimintaan. Yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöä on kunnissa seurattava jatkuvasti ja pyrittävä toimimaan aina kunkin uuden tarkennuksen mukaisesti, jotta välttyttäisi hankintalainsäädännön vastaisilta toimilta. Kuntien kannalta olisi ideaalista, että hankintalainsäädännön kannalta sallitut yhteistyömuodot määriteltäisiin selvästi ja yksityiskohtaisesti. Yhteisöjen tuomioistuimen ratkaisukäytännön valossa tämä ei kuitenkaan toistaiseksi näytä olevan mahdollista.²³⁴ Toisaalta tilannetta voitaisiin selkeyttää myös määrittelemällä kunnille sallitut yhteistyömuodot tarkemmin ja pois suljettaisiin sellainen yhteistyö, joka voitaisiin lukea julkiseksi hankinnaksi. Tällainen ei kuitenkaan ole mahdollista huomioon ottaen kunnallinen itsehallinto ja sopimusvapaus.

Nykytilanteessa kuntien yhteistoiminnan ja hankinnan välistä yksiselitteistä rajanvetoa ei siten pystytä yksiselitteisesti tekemään. Rajanvedon selkiyttämiseksi on perusteltua painottaa toiminnan todellista luonnetta ja tarkoitusta kuten hankintalainsäädännön soveltamisalan arvioinnissa monessa muussakin yhteydessä. Sekä lainsäätäjän, kunnallis-

²³³ Mäkinen 2005: 203.

²³⁴ Savola 2005: 40.

ten toimijoiden että oikeustieteen taholta on esitetty parhaaksi ratkaisuksi sääntelyn tarkentamista niin, että hankintalain soveltamisen ulkopuolelle jäävät kuntien yhteistyömuodot määriteltäisiin tarkemmin.²³⁵ Kansallinen lainsäätäjä on kuitenkin sidottu yhteisöoikeuden säännöksiin ja yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntöön, joten muutoksen tulisi lähteä sieltä käsin. Kehityssuunta näyttäisi olevan se, että yhteisöjen tuomioistuimen tapaus tapaukselta tarkentaa itse luomiaan kriteerejä sidosyksikköhankinnoille. Näitä kriteerejä on kuntien muuttuvassa toimintaympäristössä ja hyvinkin erilaisissa yhteistyöjärjestelyissä vaikea tulkita aina kunkin käsillä olevan tapauksen kannalta. Kuntien tulisi yhteistyöjärjestelyjä suunnitellessaan tarkasti pohtia niiden suhde hankintasääntelyyn ja mahdollisuuksien mukaan toteuttaa yhteistyö siten, että se on mahdollista erottaa hankinnoista.

²³⁵ Esim. Mäkinen 2005: 204–205; Savola 2005: 40; Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö 2006: 40, HE 50/2006 vp s. 63; EV 256/2006 vp s. 1.

LÄHDELUETTELO

Kirjallisuus

Aarnio, Aulis (1978). Mitä lainoppi on? Helsinki: Kustannusosakeyhtiö Tammi.

Alkio, Mikko & Christian Wik (2004). Kilpailuoikeus. Helsinki: Talentum.

Beuter, Rita (2005). European Public Procurement Reform: Main Innovations in the Public Sector Directive – A preliminary Assessment. Eipascope 3, 5–11. The European Institute of Public Administration.

Fant, Håkan (2007). Samkommunala affärsverk kommer. Finlands kommuntidning 2007/5: 27. Helsinki: Suomen Kuntaliitto ry.

Graver, Hans Petter (2005). Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid. Teoksessa: Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, 93–146. Toim. Eija Mäkinen. Tampere: Tampereen yliopiston oikeustieteellinen laitos.

Hankintalakyöryhmän muistio: Julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän muistio 15.11.2004. Kauppa- ja teollisuusministeriön julkaisuja 36/2004. Helsinki: Kauppa- ja teollisuusministeriö.

Hannus, Arno (1982). Kunnallisoikeuden pääpiirteet. Suomalaisen Lakimiesyhdistyksen julkaisuja B:sarja n:o 181. Porvoo.

Hannus, Arno & Pekka Hallberg (2000). Kuntalaki. Helsinki: WSOY Lakitieto Oy.

Harjula, Heikki & Kari Prättälä (2001). Kuntalaki – Tausta ja tulkinnat. Helsinki: Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus.

- Heuru, Kauko (2001). Kuntalaki käytännössä. Helsinki: Edita Oyj.
- Heuru, Kauko, Erkki Mennola & Aimo Ryyänen (2001). Kunnallinen itsehallinto: Kunnallisoikeuden perusteet. Helsinki: Kauppakaari, Lakimiesliiton kustannus.
- Husa, Jaakko, Anu Mutanen & Teuvo Pohjolainen (2001). Kirjoitetaan juridiikkaa. Saarjärvi: Talentum Media Oy.
- Ikkala, Olli (1959). Kunnan yleinen toimivalta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 60. Helsinki.
- Joutsamo, Kari, Pekka Aalto, Heidi Kaila & Antti Maunu (2000). Eurooppaoikeus. 3. painos. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.
- Julkisten hankintojen neuvontayksikkö (2007). Ohjeistusta pienhankintoihin. Kuntaliitto ja Kauppa- ja teollisuusministeriö. Saatavissa 25.4.2007: http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;161;80801;80802;88697;119422.
- Kalima, Kai (1996). Julkiset hankinnat ja eurooppaoikeus. Tutkimus julkisia hankintoja koskevista oikeussäännöistä ja niiden soveltamisesta. Helsingin yliopiston julkisoikeuden laitoksen julkaisuja n:o 17. Helsinki: Helsingin yliopisto.
- Kallio, Henripekka (2007). Markkinaoikeuden ruuhka pahenee: Valitukset julkisista hankinnoista vaarantavat jo oikeusturvan. Pohjolan Sanomat 7.2.2007.
- Kallioma-Puha, Laura (1992). Julkisten hankintojen kansainvälinen sääntely. Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin julkaisuja 3. Helsinki.
- Kuntademokratian vihreä kirja (2005). Kunnallisen demokratian kehittämishankkeen I väliraportti. Sisäasiainministeriön julkaisuja 2/2005. Helsinki.
- Kuntakonserni- ja liikelaitostyöryhmän mietintö (2006). Sisäasiainministeriön julkaisu-

sarja 9/2006. Helsinki.

Hankinnat.fi –verkkotietopankki. Saatavissa 6.9.2007: www.hankinnat.fi. Kuntaliiton ja KTM:n julkisten hankintojen neuvontakeskus.

Kuntaliiton konserniohje. Suomen kuntaliitto. Saatavissa: http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;347;93749;108318;11443.

Kuoppamäki, Petri (2001). Kilpailuoikeuden perusteet. 1. painoksen korjattu lisäpainos. Helsinki: WSOY Lakitieto.

Laurinen, Elina (1997). Julkisten palveluhankintojen sääntely ja vaikutukset Suomessa osana Euroopan sisämarkkinoiden toimintaa. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Julkisoikeuden julkaisusarja B:7.

Lindfors, Teemu S. (2005). EY-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö julkisten hankintojen sääntelyn tulkinnassa. Lakimies 103: 1, 23–48.

Lohi, Päivi & Pekka Salminen (1994). Kunnat kestävästä kehitystä etsimässä. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.

Meireles, Marta de Castro (2006). The World Bank Procurement Regulations: A Critical Analysis Of the Enforcement Mechanism and of the Application of Secondary Policies in Financed Projects. Julkaisematon väitöskirja, University of Nottingham. Saatavissa: http://www.nottingham.ac.uk/shared/sharedprocurement/theses/Marta_Meireles_master_FINAL.pdf.

Mentula, Arttu (2003). Julkiset hankinnat ja prosessuaalisia kysymyksiä. Defensor Legis 6, 1054–1063.

Mäenpää, Olli (1989). Hallintosopimus. Hallintoviranomaisten sopimustoiminnan oikeudellisia ongelmia. Helsinki: Lakimiesliiton kustannus.

- Mäenpää, Olli (1997). Kuntien itsehallinto EU-Suomessa. Kunnallisalan kehittämissäätiö Polemia-sarjan julkaisu nro 22. Helsinki.
- Mäenpää, Olli (2003). Hallintolaki ja hyvän hallinnon takeet: Helsinki. Edita Prima Oy.
- Mäkinen, Eija (2004). Oikeudellinen kontrolli kunnan ympäristöasioissa. Tampere: Finnpublishers Oy.
- Mäkinen, Eija (2005). Offentliga upphandlingar i kommunal verksamhet – synpunkt på möjligheten att förverkliga de grundläggande fri- och rättigheterna. Teoksessa: Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt – de grundläggande fri- och rättigheterna, 183–206. Toim. Eija Mäkinen. Tampere: Tampereen yliopiston oikeustieteellinen laitos.
- Mäkinen, Eija (2007). Kuntien julkis- ja yksityisoikeudellinen yhteistyö. Teoksessa: Kuntien toiminta, johtaminen ja hallintasuhteet, 182–208. Toim. Ari-Veikko Anttiroiko, Arto Haveri, Veli Karhu, Aimo Ryynänen & Pentti Siitonen. Kunnallistutkimuksia. Tampereen yliopisto.
- Mälkönen, Ville (2006). Eri hankintamuodot julkisissa investoinneissa. VATT-keksustelualoitteita 398. Helsinki: Valtion taloudellinen tutkimuskeskus.
- Määttä, Kalle (2004). Uusi kilpailunrajoituslaki. Helsinki: Edita Prima Oy.
- Neimala, Antti (2006). Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi. Kauppa- ja teollisuusministeriön julkaisu 18/2006. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Pedersen, Kristian (2006). Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna. Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv. Europarättslig tidskrift 4, 575–592.

- Ramsey, Lynn E. (2006). The Public Procurement Directives: A Partial Solution to the Problems of Procurement Compliance. *European Public Law* 12: 2, 275–294.
- Rasinmäki, Jorma (1997). Yksityistäminen kunnallishallinnossa. Hallinto-oikeudellinen tutkimus yksityistämisen oikeudellisista taustoista, edellytyksistä, rajoituksista, muodoista ja vaikutuksista. Helsinki: Kauppakaari Oy, Lakimiesliiton kustannus.
- Ryynänen, Aimo (1999). Muuttuva kunnallisoikeus. Kunnallisoikeuden käsikirja. Tampere: Mermerus Oy.
- Ryynänen, Aimo (2004). Kuntien ja alueiden itsehallinto – kehittämismallit. Helsinki: Edita Publishing Oy.
- Ryynänen, Aimo (2006). Kunnallisen liiketoiminnan rajat murroksessa. Julkaistu Edilexissä 28.4.2006. Edita Publishing Oy.
- Sallinen, Sini (2007). Kunnan itselleen ottamat tehtävät ja niiden oikeudelliset reunaehdot. *Acta Universitatis Tamperensis* 1212.
- Savola, Jussi (2005). Hankintalain tulkinnat vaikeuttavat kuntien välistä yhteistyötä. *Kuntalehti* 8, 39–40.
- Savola, Jussi (2006). Hankinta sidosyksiköltä jäämässä epäselväksi. *Kuntalehti* 19, 41.
- Talous- ja sosiaalikomitean lausunto aiheesta ”Ehdotus Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiiviksi julkisia palveluhankintoja, julkisia tavaranhankintoja ja julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhtensovittamisesta”. EYVL C 193, 10.7.2001, s. 7–15.
- Tynnälä, Eija (2006). Kunnista puuttuu tiukka hankintajohtaminen. *Kuntalehti* 4, 22.

Valkama, Pekka (1993). Yhtiöittäminen kunnallishallinnossa. Liikkumavaraprojektin raportti no 26. Teoksessa: Heikki Helin & Pekka Valkama: Kunnallistalous käännekohdassa. Helsinki: Suomen Kuntaliitto.

Valkama, Pekka (2004). Kilpailuneutraliteetin toteutuminen kuntapalvelujen näennäis-markkinoilla. Acta Univeristatis Tamperensis 1039. Tampereen yliopisto.

Valkama, Pekka (2005). Palvelujen yhteiskäytön toimeenpanon perusteet. Helsingin kaupungin tilastokeskuksen verkkojulkaisu 2005/31. Saatavissa: http://www.hel2.fi/Tietokeskus/julkaisut/pdf/05_08_17_valkama_vj31.pdf.

Virtanen, Pertti (2003). Suomen hankintalainsäädäntö. Teoksessa: Ilkka Aalto-Setälä, Antti Aine, Petri Lehto, Anne Petäjaniemi-Björklund, Markku Stenborg & Pertti Virtanen. Kilpailulait ja laki julkisista hankinnoista, 500–639. Pieksämäki: Tietosanoma Oy.

Yhdyskuntajätehuollon vastuu- ja kilpailukysymykset -työryhmän mietintö (2005). Ympäristöministeriön moniste 153.

Virallislähteet

EV 256/2006 vp. Eduskunnan vastaus hallitukseen esitykseen laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

HaVL 25/2006 vp. Hallintovaliokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

HE 154/1992 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi

kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.

HE 192/1994 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.

HE 69/1997 vp. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta.

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

Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan (2006). EUVL C 179, 1.8.2006: s. 2–7.

Komiteamietintö 1993: 33. Kunnalliskomitean mietintö. Helsinki: Sisäasiainministeriö.

PTK 138/2006 vp. Täysistunnon pöytäkirja. 9.1.2007.

StVL 13/2006 vp. Sosiaali- ja terveystieteiden valtiokunnan lausunto hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energihuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

TaVM 26/2006 vp. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energihuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

VNS 3/1999 vp. Valtioneuvoston selonteko uuden kuntalain soveltamisen vaikutuksista kuntien hallintoon ja toimintaan.

Oikeuskäytäntö

Kotimaiset tuomioistuimet

KHO 1978-A-II-20.

KHO 27.11.1981/5538a. (FINLEX)

KHO 1985-A-II-40.

KHO 1992-A-56.

KHO 1.12.1999/3887. (FINLEX)

KHO 2.8.2001/1738. (FINLEX)

KHO 2002: 19.

KHO 2002: 42.

KHO 3.9.2002/2043. (FINLEX)

KHO 2004: 102.

KHO 2005: 62.

KHO 2005:63.

KHO 26.7.2006/1820. (FINLEX)

KHO 2006: 61.

MAO 10.12.2002/167. Diaarinumero 18/02/JH (FINLEX)

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

Tapaus C-360/96 Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden vastaan BFT Holding BV.
10.11.1998.

Tapaus C-107/98 Teckal Srl vastaan Comune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Con-
sorziale (AGAC) di Reggio Emilia. 18.11.1999.

Tapaus C-324/98 Telaustria Verglas GmbH ja Telefonadress GmbH vastaan Telekom
Austria AG. 7.12.2000.

Tapaus C-18/01 Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti
Toivanen Oy ja Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa vastaan Varkauden Taito-
talo Oy. 22.5.2003.

Tapaus C-26/03 Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH vastaan Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. 11.1.2005.

Tapaus C-84/03 Euroopan yhteisöjen komissio vastaan Espanjan kuningaskunta. 13.1.2005.

Tapaus C-231/03 Consorzio Aziende Metano (Coname) vastaan Comune di Cingia de' Botti. 12.2.2005.

Tapaus C-458/03 Parking Brixen GmbH vastaan Gemeinde Brixen ja Stadtwerke Brixen AG. 13.10.2005.

Tapaus C-340/04 Carbotermo SpA ja Consorzio Alisei vastaan Comune di Busto Arsizio ja AGESP SpA. 11.5.2006.

Tapaus C-295/05 Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vastaan Transformación Agraria SA (Tragsa) ja Administración den Estado. 19.4.2007.