

Professori Petri Kuoppamäki

Kilpailuoikeudellinen selvitys koskien talous- ja henkilöstö- palveluiden järjestämistä maakuntaudistuksessa



Helsinki 2018

Sisältö

Tiivistelmä.....	3
1 Asian taustaa	8
2 Selvityksessä käsiteltävät kysymykset.....	10
3 Hetli Oy:tä koskeva sääntely ja sen vaikutukset markkinoilla	11
3.1 Hetli Oy:n asema maakuntalainsäädännössä	11
3.2 TAHE-palvelujen markkinoiden muutos maakuntalainsäädännön seurauksena	20
4 Onko Hetli Oy yritys, johon sovelletaan EU:n kilpailusääntöjä?	28
5 Hetli Oy:n yksinoikeuden arviointi SEUT 106 artiklan näkökulmasta	32
5.1 SEUT 106 artiklan keskeinen sisältö	32
5.2 SEUT 106 ja SEUT 102 artikla	33
5.3 SEUT 106 ja SEUT 56 artikla	35
5.4 Arviointia.....	36
5.5 SGEL-palveluja koskevat periaatteet	38
5.6 Yhteenveto	43
6 Hetli Oy:n asema hankintalainsäädännön mukaisena sidosyksikkönä .	44
6.1 Yleistä	44
6.2 Maakunnallisten palvelukeskusten hallinnollisesta sääntelystä	45
6.3 Sidosyksikön määritelmä hankintalaissa	47
6.4 Uuden hankintalain vaikutuksista	48
6.5 Sidosyksikkösäännön siirtymäsäännökset	50
6.6 Arviointia.....	52
7 Hetli Oy:n asema valtiontukilainsäädännön näkökulmasta	58
7.1 Valtiontuen tunnusmerkistön yleistä tarkastelua.....	59
7.2 Julkiset varat ja taloudellinen etu.....	60
7.3 Tuki myönnetään yritykselle	60
7.4 Toimenpiteen valikoivuus	61
7.5 Toimenpide vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua	62
7.6 Toimenpide vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.....	62
7.7 Sallitut poikkeukset	63
7.8 Tämän tapauksen arviointia – markkinasijoittajaperiaate	64
7.9 Mahdollinen kilpailun vääristyminen.....	70
7.10 Valinnanvapauslaki ja yhtiöittämisen tilalle esitetty järjestelyt.....	72

Allekirjoittaneelta on pyydetty kilpailuoikeudellista selvitystä koskien sote- ja maakuntauudistuksessa järjestettäviä maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palveluita.

Petri Kuoppamäki
Yritysjuridiikan professori, OTT
Kauppaoikeuden ja oikeustaloustieteen dosentti

Tiivistelmä

Eduskunnalle annetun maakuntalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan maakunnilla on kolme valtakunnallista palvelukeskusta, toimitila- ja kiinteistöhallinnon palvelukeskus, talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskus sekä tieto- ja viestintätekniisten palveluiden palvelukeskus. Palvelukeskukset tulevat olemaan maakuntien yhteisesti omistamia osakeyhtiöitä. Tieto- ja viestintätekniisten palveluiden palvelukeskuksen osakkaana tulee olemaan myös valtio. Palvelukeskuksen asiakkaita ovat maakunnat ja maakuntien tytäryhteisöt, jotka eivät toimi kilpailutilanteessa markkinoilla.

Maakunnilla ja tytäryhteisöillä olisi lähtökohtaisesti velvollisuus käyttää palvelukeskusten palveluita. Maakuntien ostovelvoitetta täsmennettäisiin asetuksilla. Nykyään kunnat järjestävät tukipalveluita poikkihallinnollisesti yhteistyössä keskenään ja erilaisten kunnallisten organisaatioiden, kuten kuntayhtymämuotoisten sairaanhoitopiirien, kanssa. Sote- ja maakuntauudistuksessa perustettaville maakunnille siirtyvien palveluiden osalta nämä tukipalvelut on tarkoitus siirtää edellä mainituille valtakunnallisille yhtiöille, millä on merkittäviä vaikutuksia nykyiseen kuntaperusteiseen tukipalveluiden tuotantomalliin.

Selvityksessä arvioidaan EU:n kilpailuoikeuden näkökulmasta, voiko valtion toimesta tapahtuvien palvelukeskusyhtiöiden perustaminen ja maakuntien käyttövelvollisuus tulla arvioitavaksi tervettä ja toimivaa kilpailua vääristävänä tai sitä estävänä rakenteena. Toisaalta on selvitettävä sitä, miten valtakunnallisille palvelukeskuksille ehdotettu erityisasema suhtautuu kansalliseen ja EU:n hankintalainsäädäntöön.

Lisäksi arvioidaan, seuraako palvelukeskusten perustamismallista, jossa valtio perustaa ja rahoittaa ensimmäisessä vaiheessa niiden toimintaa, tilanne, jossa valtion rahoituksen katsotaan olevan valtiontukea, joka pitää ilmoittaa komissiolle. Selvityksen ovat tilanneet Suomen Kuntasäätiö sr. ja KuntaPro Oy. Selvityksen toteuttamiseen ovat osallistuneet myös Kunnan Taitoa Oy, Monetra Oy, Saita Oy, Kuhilas Oy ja Siun Talous Oy. Selvitys on sovittu tehtäväksi Hetli Oy:stä.

Selvityksessä katsotaan, että Hetli Oy:n toiminta täyttää luonteensa puolesta EU:n kilpailuoikeudessa tarkoitetun yrityksen tunnusmerkistön. Tämä tarkoittaa, että Hetli Oy:n toimintaan voidaan soveltaa kilpailunrajoituksia koskevia sääntöjä, esimerkiksi SEUT 102 ja 106 artiklaa, minkä ohella sille myönnettyt valtiontuet kuuluvat SEUT 107–108 artiklan alaan. Hetli Oy:n asemasta yrityksenä syntyy Suomen valtiolle erityisiä toimintavelvoitteita.

Maakuntalain 119 ja 121 §:ssä ehdotettu yksinoikeus muodostaa poikkeuksen hankintalainsäädännön ja kilpailulainsäädännön yleisistä periaatteista. Normaalisti viranomaiset voivat tuottaa palveluita itse tai ostaa niitä tarjouskilpailun perusteella parhaaksi todetulta tarjoajalta tai julkisista hankinnoista annetun lain edellytykset täyttävältä sidosyksiköltä. Hetli Oy:lle ehdotettu erityisasema voi muodostua ongelmaksi tilanteessa, joissa käyttövelvoitteen piiriin kuuluva toiminta sisältää palveluita, joissa on myös markkinaehtoisia palvelun tuottajia. Palvelukeskuksille suunniteltua roolia ei ole arvioitu maakuntalakia koskevassa hallituksen esityksessä kovinkaan tarkasti kilpailulainsäädännön näkökulmasta.

Hetli Oy:n perustamisella rajoitetaan muiden yritysten mahdollisuuksia tarjota talous- ja henkilöstöhallinnon palveluja maakunnille. Kuten selvityksestä ilmenee, kuntamarkkinoilla on havaittavissa kuntayhtiöiden ja osin myös yksityisessä omistuksessa olevien palveluntuottajien välistä markkinakilpailua talous- ja henkilöstöpalveluiden tuottamisessa. Hetli Oy:n perustamisen seurauksena kilpailu vähenisi merkittävästi nykyiseen tilanteeseen verrattuna. Mahdollisesti Hetli Oy:lle syntyisi määräävä markkina-asema.

Vaikuttaa siltä, että Hetli Oy:lle myönnettävät yksinoikeudet ovat SEUT 106 artiklassa tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia. Tämän vuoksi ehdotettuun malliin saattaa liittyä SEUT 106 artiklan soveltamiseen liittyviä ongelmia. Tällöin mahdollisia ovat esimerkiksi kilpailuoikeuden loukkaustilanteet, joissa rikotaan SEUT 106 artiklaa yhdessä SEUT 102 määräävän aseman väärinkäyttökiellon kanssa. SEUT 106 artikla saattaa aktualisoitua määräävän aseman väärinkäyttökiellon kautta ensinnäkin ristisubventoinnin kautta. Toisaalta SEUT 102 artiklan nojalla määräävässä asemassa oleva yritys ei saisi vaatia asiakkaitaan ostamaan palveluja yksin määräävässä asemassa olevalta yritykseltä ainakaan ilman erityisiä syitä. SEUT 106 artiklan näkökulmasta ongelmallisena voidaan yleisesti pitää rakennetta, jossa valtio siirtää lainsäädännöllä markkinoilla tapahtuvaa tarjontaa itselleen maakuntalain ja asetusten perusteella, sillä menettelytavassa menevät kielletyllä tavalla sekaisin julkisen vallan käyttö ja Hetli Oy:n liiketoiminta, jota lainsäädännön avulla luodulla yksinoikeudella avitettaisiin. Näitä ongelmia ei ole omiaan vähentämään se, että yksinostovelvoitteen luomiselle on osoitettavassa vain heikot taloudelliset perusteet, mistä syystä luotavaksi esitettyä rakennetta ei voida luonnehtia suhteellisuusperiaatteen mukaiseksi. Viimein on kiinnitettävä huomiota siihen, että yksinoikeutta on mahdollista pitää SEUT 56 artiklan vastaisena palveluiden tarjoamisen vapauden rajoittamisena.

Sidosyksikköjärjestelyillä pyritään sovittamaan yhteen maakuntalaki ja hankintalaki. Mikäli maakunnissa halutaan toimia ilman kilpailutuksia, toiminta on yhtiöitettävä niin, että muodostetaan maakunnan ja kuntien yhteinen yhtiö. Mikäli palveluyhtiö on kaikille sidosyksikkö (in-house), kilpailutusta ei periaatteessa tarvita. Hetli Oy:n asema on pyritty luomaan sellaiseksi, että hankintadirektiivien sidosyksikköä koskevat säännöt täyttyvät. On kuitenkin kyseenalaista, täyttyykö sidosyksikön osalta edellytetty määräysvallan käsite.

Tässä tapauksessa hankintalainsäädännön näkökulmasta vaikuttaa kyseenalaiselta, onko Hetli Oy maakuntien määräysvallassa, sillä tavalla kuin hankintalainsäädännössä edellytetään. Määräysvallalla tarkoitetaan tässä yhteydessä, että sidosyksikön omistajat voivat ohjata sidosyksikön toimintaa. Jotta määräysvalta olisi maakunnilla, täytyisi niillä olla todellinen määräysvalta Hetli Oy:öön. Määräysvallan puuttumiseen viittaa erityisesti se, että maakunnilla on hyvin rajoitetusti päätösvaltaa sen suhteen, mitä ne Hetli Oy:ltä ostavat. Maakuntien ostovelvoitteen sisältö määräytyy maakuntalaeilla ja sitä täsmennetään valtioneuvoston asetuksilla. Toisin sanoen, valtioneuvoston asetuksilla määritetään, mitä palveluita maakuntien on ostettava yksinomaan Hetli Oy:ltä. Tästä näkökulmasta maakunnilla ei ole määräysvaltaa Hetli Oy:stä sillä tavalla kuin hankintalain 15 §:ssä ja Suomea velvoittavissa hankintadirektiiveissä edellytetään. Tästä taas näyttäisi seuraavan, etteivät maakunnat voisi tehdä Hetli Oy:ltä suoramarkkintoja, vaikka niille asetettu yksinostovelvoite tätä edellyttäisi.

On mahdollista, että Hetli Oy:n toimintaan saattaa liittyä valtiontukiongelmia, vaikka Hetli tarjoaisi palveluja vain maakunnille. Tämä johtuu siitä, että Hetli Oy saattaa saada sellaista pääomitus valtiolta, joka täyttää valtiontuen tunnusmerkistön. Myöskään toiminta sidosyksikkönä ei automaattisesti vie sen toimintaa valtiontukisäännösten ulkopuolelle. Euroopan komission valtiontuen määritelmää koskevassa tiedonannossa edellytetään tätä laajempaa ”eristämistä” markkinoista. Toisaalta on mahdollista argumentoida, että jos sidosyksikköasemassa oleva yksikkö ei tuota palveluita kuin ainoastaan omistajilleen, niin tuolloin käytännössä valtiontukisäätelyyn liittyvät seikat eivät ehkä voisi riittävästi konkretisoitua. Se, miten laajasti sidosyksiköt kuuluvat valtiontukisääntelyn piiriin, ratkeaa viime kädessä EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Kuten edellä on todettu, sidosyksikön tunnusmerkistön täytyminen on ylipäättään varsin epävarmaa, kun otetaan huomioon, ettei Hetli Oy näyttäisi olevan maakuntien määräysvallassa, siten kuin hankintalainsäädännössä sidosyksiköltä edellytetään. Mikäli Hetli ryhtyisi myymään palveluja maakunnille niiden toimiessa markkinoilla, tämän voidaan joka tapauksessa katsoa laukaisevan kiellettyyn valtiontukeen liittyvän kilpailun vääristymisen tunnusmerkistön. Sama on tilanne, mikäli Hetli Oy:n tulo markkinoille vääristää kilpailua esimerkiksi ristiin tukemisen seurauksena.

Yhtiöittämisestä luopuminen valinnanvapauslaissa ei sinänsä merkitse, etteikö terveyspalveluiden tuottaminen tulisi siirtymään valinnanvapauspalvelujen osalta enenevässä määrin EU:n kilpailusääntöjen piiriin. Tämä ei johdu niinkään yhtiöittämisestä, vaan

markkinaehtoistamisesta. Markkinaehtoistamisella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että nyt valmistellun sote-uudistuksen seurauksena terveyspalvelujen tuottamisessa toteutetaan siirtymä viranomaisten tuottamista terveyspalveluista toimintamalliin, jossa valinnanvapauden piiriin kuuluvia palveluja tuottavat yritykset ja muut toimijat markkinaehtoisesti. Kun tarkoitus on, että myös maakunnat kilpailisivat valinnanvapauspalveluissa markkinaehtoisesti yksityisten yritysten kanssa, seuraa tästä kilpailusääntöjen käyttöalan laajentuminen.

EU:n valtiontukivalvonta kuuluu Euroopan komission toimivaltaan. Valtiontukien valvonnan peruserä on, että jäsenvaltioiden tulee tehdä valtiontuestaan ilmoitus komissiolle (SEUT 108 artikla 3 kohta) ja komissiolla on yksinomainen toimivalta päättää, soveltuuko tuki sisämarkkinoille. Jäsenvaltiot eivät saa panna tukia täytäntöön ennen komission antamaa hyväksyntää. Mikäli ilmoitusvelvollisuutta ei ole täytetty, myös kansallinen tuomioistuin voi kumota tehdyn tukipäätöksen. Tämä seuraa Suomen jäsenyysvelvoitteista, joiden noudattamisen valvonta kuuluu tarpeen vaatiessa myös tuomioistuimille. Korkein hallinto-oikeus on todennut valinnanvapauslaista antamassaan lausunnossa 13.12.2017, että valinnanvapauslakiin liittyvien valtiontukielementteihin liittyvien epävarmuustekijöiden vuoksi lainsäädäntöpaketti tulisi ilmoittaa Euroopan komissiolle SEUT 107 artiklan 3 kohdan nojalla mahdollisesti valtiontukea sisältävänä järjestelmänä. Tämän selvityksen laatija pitää mainittua KHO:n kannanottoa kilpailuoikeudellisesti perusteltuna.

Hetli Oy:n perustamista on syytä arvioida myös taloudellisen tarkoituksenmukaisuuden näkökulmasta. Hetli Oy:n yksinoikeuden taustalla on eräänlainen ”perinteinen virastologiikka”, jossa hyötyjä oletetaan syntyvän toimintojen keskittämisen seurauksena. Kuitenkin talous- ja henkilöstöhallinnon palvelut ovat eräänlaisia ”bulkkipalveluita”, joita kunnat ja sairaanhoitoyksiköt nykyisin tuottavat ja tilaavat joustavasti omien tarpeidensa mukaisesti ja joita on markkinoilta runsaasti saatavilla. Virallisaineistosta ei löydy sellaista selvitystä, joka osoittaisi keskittämisen hyödyt. Maakuntien palvelukeskusten osalta ei ole tehty vaikutusarviota. Hallituksen esityksessä ja asetuseräluonnoksissa kuvataan järjestelyn toteuttamistapaa (yksinoikeutta ja ostovelvoitetta), mutta ei arvioida riittävästi, mitä vaikutuksia muutoksella todennäköisesti on.

Kuntamarkkinoilla toimivat yhtiöt kilpailevat keskenään asiakkaista, minkä ohella markkinoilla on osin myös yksityistä palvelutuotantoa. Tämä kilpailu poistuisi markkinoilta maakuntien palveluyhtiöille annettavien yksinoikeuksien seurauksena. Tämä lainsäädännöllä toteutettava kilpailun rajoittaminen ei vaikuta järkevältä tilanteessa, jossa samanaikaisesti pyritään lisäämään kilpailua (valinnanvapautta) avautuvilla sote-markkinoilla. Mikäli valinnanvapautta ja kilpailua halutaan, luonnollista olisi valinnanvapauden ja kilpailun säilyttäminen myös (maa)kuntakentällä niin pitkälle kuin mahdollista. Uusien monopolien perustaminen vaatii aina tuekseen erityisen vahvoja perusteluita. Objektiiivisesti tarkastellen monopolin puolesta puhuvia seikkoja ei ole osoitettu Hetli Oy:n osalta.

Kilpailun taloustieteen näkökulmasta kilpailu on monopolia tehokkaampi tuotantotapa. Onkin syytä kysyä, johtaako tehtävä järjestely korkeampiin vai alhaisempiin yksikkökustannuksiin. Siltä osin kuin maakunnilla on velvollisuus ostaa palvelunsa Hetli Oy:ltä, palvelun toimittajalla ei ole kilpailijoita. Tyypillisesti monopoliasema nostaa hintoja. Poikkeuksena tästä voidaan pitää lähinnä vain luonnollista monopolia, jossa yksikkökustannukset ovat sitä alhaisemmat, mitä suuremman osan palveluista vain yksi toimija tuottaa. Talous- ja henkilöstöhallinnon palveluilla ei ole luonnollisen monopolin piirteitä. Se, että kilpailun vähentymisestä aiheutuva hintojen nousu kompensoituisi tehokkuuseduilla, ei vaikuta saatavilla olevan aineiston perusteella uskottavalta. Ehdotettu ratkaisu ei ole linjassa sen kanssa, että sotella tavoitellaan kustannussäästöjä. Todennäköisesti veronmaksajille aiheutuvat kustannukset ovat tässä mallissa korkeammat kuin siinä vaihtoehdossa, että maakunnat voisivat vapaasti kilpailuttaa talous- ja henkilöstöhallinnon palvelunsa ja hyödyntää markkinoilla olemassa olevat kilpailumahdollisuudet.

Selvityksessä syntyviä kilpailuoikeudellisia kysymyksiä on toimeksiannon mukaisesti tarkasteltu Hetli Oy:n osalta, jota koskien taloudellinen aineisto on koottu. Voidaan kuitenkin todeta, että rakenteellisesti hyvin samankaltaisia kilpailuoikeudellisia ongelmia näyttäisi liittyvän myös Maakuntien tilakeskuksen ja Maakuntien ICT-palvelukeskusyhtiö Vimana Oy:n toimintaan. Kilpailuoikeudellisten kysymysten selvittäminen olisi siten perusteltua myös muiden maakuntien palvelukeskusten osalta.

1 Asian taustaa

Eduskunnalle annetun maakuntalakia koskevan hallituksen esityksen mukaan maakunnilla on kolme valtakunnallista palvelukeskusta, toimitila- ja kiinteistöhallinnon palvelukeskus, talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskus sekä tieto- ja viestintätekniisten palveluiden palvelukeskus. Palvelukeskukset tulevat olemaan maakuntien yhteisesti omistamia osakeyhtiöitä. Tieto- ja viestintätekniisten palveluiden palvelukeskuksen osakkaana tulee olemaan myös valtio. Palvelukeskuksen asiakkaita ovat maakunnat ja maakuntien tytäryhteisöt, jotka eivät toimi kilpailutilanteessa markkinoilla.

Hallitus päätti neuvottelussaan 5.7.2017 jatkaa sote- ja maakuntauudistusta siten, että uudistus tulee voimaan 1.1.2020 alkaen. Maakuntavaalit järjestetään lokakuussa 2018. Eduskunnan käsittelyssä oleviin lakiesityksiin tehdään perustuslakivaliokunnan 29.6.2017 lausunnon edellyttämät muutokset. Valinnanvapauslain osalta hallitus antaa uuden hallituksen esityksen alkuvuodesta 2018. Eduskunnan jo käsittelyssä oleviin sote-järjestämis- ja maakuntalakeihin tehdään perustuslakivaliokunnan edellyttämät muutokset eduskunnan valiokunnissa ministeriöiden vastinemenettelyllä.

Sote- ja maakuntauudistuksessa maakunnille perustetaan yhteisiä palvelukeskuksia, joihin keskitetään niiden tarvitsemia tukipalveluja. Palvelukeskukset voivat tuottaa palveluita itse tai hankkia niitä ulkoisilta palveluntarjoajilta kilpailuttamalla ne julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön mukaisesti. Voimaantulon 4 luvun 18 ja 22 §:ien nojalla palvelukeskukset voivat jatkaa maakunnille siirtyneiden sopimusten voimassaoloa kilpailuttamatta enintään vuoden 2022 loppuun saakka.

Palvelukeskukset tuottavat tukipalveluita maakunnille, maakuntien palvelukeskuksille ja muille maakuntien hankintayksiköille. Ne voivat tietyin ehdoin (julkinen palveluvalvonta, liikevaihtoon suhteutettu ulosmyyntiraja) tuottaa palveluita myös maakuntien markkinoilla toimiville tuotantoyhtiöille ja valinnanvapauden piirissä oleville yksityisen sektorin toimijoille.

Maakunnan ja maakuntakonsernin tytäryhteisön on käytettävä palvelukeskusten tuottamia palveluja, ellei toimitila- ja kiinteistöhallinnon tai talous- ja henkilöstöhallinnon palveluissa muun palveluntuottajan tarjoaman palvelun käyttö ole tietyssä toiminnassa tai asiassa taikka sen osassa välttämätöntä taloudellisesta, toiminnallisesta, teknisestä tai muusta vastaavasta perustellusta syystä.

Sote- ja maakuntauudistusta koskevassa lakipaketissa palvelukeskuksiin liittyvät pykälät ovat ehdotetussa maakuntalaissa. Perustamiseen liittyviä säädöksiä on myös ehdotetussa voimaantulolaissa. Valtioneuvoston asetuksella säädettäisiin tarkemmin palvelukeskusten tehtävistä ja käyttövelvoitteen piiriin kuuluvista palveluista. Valtio

.....

vastaa palvelukeskusten perustamisen edellyttämistä toimenpiteistä. Kun maakuntien toiminta alkaa, palvelukeskukset siirtyvät niiden omistukseen.

Maakuntien tilakeskus huolehtii kaikista maakunnan toiminnassaan tarvitsemista tiloista vuokranantajan ominaisuudessa. Lisäksi se vuokraa omistamiaan toimitiloja ensisijaisesti maakuntien käyttöön sekä muilta vuokraamistaan tiloja ainoastaan maakunnan käyttöön. Vuokra määräytyy kiinteistöliiketoiminnan periaatteiden mukaisesti sisältäen kiinteistöjen hoidon ja kunnossapidon sekä korvauksen pääomakustannuksista ja varautumisen riskeihin. Tilakeskus toteuttaa ja rahoittaa muutos- ja korjausinvestoinnit kiinteistöihin, joista on etukäteen tehty vuokrasopimus maakunnan ja tilakeskuksen välillä.

Talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskus Hetli Oy tuottaa maakuntien talous- ja henkilöstöpalveluja järjestävä ja tuottava Hetli Oy perustettiin kesäkuussa 2017. Maakuntauudistuksen yhteydessä 1.1.2020 yhtiö siirtyy kokonaan maakuntien omistukseen. Hetli Oy järjestää ja tuottaa talous- ja henkilöstöhallinnon palveluja maakuntien lisäksi maakuntien liikelaitoksille ja yhtiöille sekä muille palvelukeskuksille. Yhtiö ei järjestä tai tuota palveluita markkinoilla toimiville yhtiöille. Hetli Oy tuottaa talous- ja henkilöstöhallinnon palveluita omana tuotantonaan sekä hyödyntämällä palvelutuotantoverkoston. Hetlin tytär- tai osaomistusyhtiöiksi tulee maakunnallisia talous- ja henkilöstöhallinnon palveluita tuottavia yhtiötä.

Maakuntien ICT-palvelukeskusyhtiö Vimana Oy tuottaa ja tarjoaa maakunnille asiantuntija- ja kehityspalveluita sekä hankkia markkinoilta ja yhteistyökumppaneilta tarvittavia ohjelmistoja ja muita ratkaisuja. Yhtiön keskeisiä palveluja ovat myös muutoksiin liittyvät tukitehtävät sekä palvelujen siirrot.

SoteDigi-kehitysyhtiön tärkeimpänä tehtävänä on tuottaa palvelut maakuntien yhteisen integraatioalustan toteutukseen ja sote-tiedon integraation varmistamiseen. Yhtiön toimintasuunnitelma viimeistellään syyskuun aikana, jonka jälkeen alkaa toiminnan käynnistäminen ja avainhenkilöiden rekrytointi. Hanketoiminta on tarkoitus käynnistää vuoden 2018 alussa.

2 Selvityksessä käsiteltävät kysymykset

Selvityksessä arvioidaan valmistelussa olevan keskitettyjen tukipalveluiden tuotantomallin yhteensopivuus kilpailulainsäädännön, EU:n valtiontukisäännösten ja hankintalainsäädännön kanssa (*oikeudellinen arvio*). Lisäksi selvityksessä arvioidaan valmis-teilla olevan tukipalveluiden tuotantomallin markkina- ja kilpailuvaikutukset sekä vaikutukset kuntien ja maakuntien mahdollisuuksiin saada tukipalvelut tarkoituksen-mukaisesti, tehokkaasti ja taloudellisesti paikallisiin ja alueellisiin tarpeisiin sopeutet-tuna sekä kunnallisten tukipalveluiden tuotantorakenteeseen kuntien toiminnan, henkilöstön ja talouden näkökulmasta (*toiminnallinen arvio*).

Selvityksessä on pyydetty käsittelemään seuraavia kysymyksiä:

- 1) Palvelukeskusten arviointi kilpailuoikeuden näkökulmasta (kilpailua mahdolli-sesti estävänä tai vääristävänä rakenteena)
- 2) Palvelukeskusten asema hankintalainsäädännön näkökulmasta (mm. in-house ja ulosmyynti)
- 3) Palvelukeskusten asema valtiontukilainsäädännön näkökulmasta (mm. rahoitus ja pääomittaminen)
- 4) Palvelukeskusten perustaminen toimialan markkinoiden toimivuuden näkö-kulmasta (olemassa olevat markkinat ja markkinoille tulo)
- 5) Palvelukeskusten aseman vaikutukset kapasiteettien hyödyntämiseen omassa toiminnassaan ja markkinoilla (mm. toimitilat).

Ehdotetun lainsäädännön perusteella maakunnilla ja tytäryhteisöillä olisi lähtökohtai-sesti *velvollisuus käyttää* palvelukeskusten palveluita. Ennen maakuntien perustamista ne toimivat valtion omistuksessa. Nykyään kunnat järjestävät tukipalveluita poik-kihallinnollisesti yhteistyössä keskenään ja erilaisten kunnallisten organisaatioiden, kuten kuntayhtymämuotoisten sairaanhoitopiirien, kanssa. Sote- ja maakuntauudis-tuksessa perustettaville maakunnille siirtyvien palveluiden osalta nämä tukipalvelut on tarkoitus siirtää edellä mainituille valtakunnallisille yhtiöille, millä on merkittäviä vaikutuksia nykyiseen kuntaperusteiseen tukipalveluiden tuotantomalliin.

Selvityksessä arvioidaan, voiko toimesta tapahtuvien palvelukeskusyhtiöiden perus-taminen ja maakuntien käyttövelvollisuus tulla arvioitavaksi tervettä ja toimivaa kil-pailua vääristävänä tai sitä estävänä rakenteena. Toisaalta on selvitettävä sitä, miten valtakunnallisille palvelukeskuksille ehdotettu erityisasema suhtautuu kansalliseen ja EU:n hankintalainsäädäntöön.

Selvityksessä pohditaan, tulisiko tulisi tarkentaa kansallisen ja EU:n oikeuden näkö-kulmasta siten että palvelukeskukset, markkinoilla toimivat yritykset sekä tilaajina

toimivat maakunnat voivat luottaa siihen, että palvelukeskusten erityisasema täyttää hankinta- ja kilpailulainsäädännön asettamat vaatimukset.

Lisäksi arvioidaan, seuraako palvelukeskusten perustamismallista, jossa valtio perustaa ja rahoittaa ensimmäisessä vaiheessa niiden toimintaa, tilanne, jossa valtion rahoitus katsotaan olevan valtiontukea, joka pitää ilmoittaa komissiolle.

Selvityksen ohjausryhmässä on sovittu, että selvitys tehdään Hetli Oy:stä.

Selvityksessä keskitytään EU:n kilpailuoikeuteen. Myös Suomen kilpailuoikeus on asiassa relevanttia, mutta kansallisesta kilpailulainsäädännöstä voidaan säätää toisin kotimaisella lainsäädännöllä. Sen sijaan Suomella on EU:n jäsenvaltiona velvollisuus noudattaa EU-lainsäädäntöä, mukaan lukien kilpailuoikeutta.

3 Hetli Oy:tä koskeva sääntely ja sen vaikutukset markkinoilla

3.1 Hetli Oy:n asema maakuntalainsäädännössä

3.1.1 Maakuntalainsäädäntö

Ehdotetun maakuntalain 118 §:ssä säädetään maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksesta. Palvelukeskus on valtakunnallinen maakuntien yhteisesti omistama osakeyhtiö, joka tuottaa laissa ja tarkemmin asetuksella määriteltäviä talous- ja henkilöstöhallinnon palveluja maakunnille. Valtakunnallisuudella tavoitellaan yhtenäisiä palveluprosesseja, toiminnallista tehokkuutta ja mittakaavaetuja. Maakuntalain 121 §:ssä säädetään talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksen palvelusisältöjen pääkategoriat. Kyseisessä pykälässä määritellyille palveluille asetetaan ns. käyttövelvoite saman lain 119 §:ssä. Laissa edellytetään, että maakunnat ostavat määritellyt palvelut maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksesta.

Erillisessä asetuksessa määritellään tarkemmin Maakuntalain 121 §:n palvelut, jotta maakunnille olisi selkeää, mitkä palvelut ovat lain käyttövelvoitteen piirissä eikä niitä näin ollen voi tuottaa itse tai ostaa muualta muutoin kuin poikkeustapauksissa, jotka valtakunnallisen palvelukeskuksen hallitus käsittelee. Maakuntalain 121 §:ssä nimetyt talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukokonaisuudet, joita asetuksella tarkemmin määritellään, ovat niin sanottuja massapalveluja. Näiden prosessien yhtenäistämällä arvioidaan olevan mahdollisuus saavuttaa säästöjä ja samalla lisätä toimintavarmuutta.

Valtakunnallisten palvelukeskusten välttämättömyyttä perusteellaan muun ohella hallinnollisella rakennemuutoksella ja mittakaavaeduilla.¹ Pykälän 2 momentissa säädetäisiin palvelukeskusten muodosta ja omistamisesta. Kukin palvelukeskus olisi maakuntien yhteisesti omistama osakeyhtiö, jonka omistuksen jakautuminen maakuntien kesken olisi määritelty maakuntalain, sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä annetun lain ja pelastustoimen järjestämisestä annetun lain voimaantulon jälkeen annetun lain 39 §:ssä. Kun omistajina olisivat maakunnat, niillä on aito intressi huolehtia palveluyhtiön toiminnan tehokkuudesta sekä kustannustason pysymisestä alhaalla. Maakunnat omistajina päättäisivät tuotantorakenteesta sekä merkittävistä investoinneista. Myös valtiolla voi olla palvelukeskuksissa omistajuutta muun muassa em. lain 38 §:ssä säädetyllä tavalla. Palvelukeskukset olisivat organisaatiomuodoltaan osakeyhtiöitä. Tällä varmistettaisiin ”hinnoittelun kustannusvastaavuus sekä toimielinten vastuullisuus.”

Palvelukeskus hankkisi rahoituksen toimintaansa palvelumaksuilla maakuntien organisaatioilta. Maakuntien omistajaohjaus ”luo tarpeen prosessien tehostamiselle ja aidon intressin huolehtia palveluhintojen kilpailukykyisyydestä”. Palvelusopimukset hyväksyisi palvelukeskuksen hallitus ja niiden sisältönä olisi ainakin palvelukokonaisuuksien vastuunjako maakunnan ja palveluyhtiön välillä, oikeudet ja velvollisuudet sekä kustannusten jakoperuste. Maakuntalain 118 §:n 3 momentissa säädettäisiin palvelukeskuksen asiakkaita. Palvelukeskuksen asiakkaina olisivat maakuntien ja maakuntien organisaatioissa toimivien liikelaitosten lisäksi maakuntien määräysvallassa olevat yhteisöt, joita ovat palvelukeskukset ja muut maakuntien yhteisesti omistamat yhteisöt sekä maakunnan tytäryhteisöt, jotka eivät toimi kilpailutilanteessa markkinoilla Palvelukeskuksen asiakkaana voisi olla myös sellainen maakuntien määräysvallassa oleva yhtiö tai muu yhteisö, jossa muuna omistajana on esimerkiksi kunta. Momentissa määritelty asiakkuus kattaisi 16 luvun mukaiset maakuntien valtakunnalliset palvelukeskukset ja valtakunnalliset palvelukeskukset voisivat myydä

1 Maakuntalain 118 §:n perusteluissa todetaan tältä osin seuraavaa. ”Valtakunnallisista palvelukeskuksista sekä niiden toiminnan perusteista on välttämättä säätää, koska maakunnat olisivat uusi julkisen hallinnon taso ja ne olisivat itsenäisiä myös suhteessa toisiinsa. Kun maakuntien osalta rajoitetaan niiden itsenäisyyttä tai mahdollisuuksia itse järjestää toiminnassa tarvittavien palveluiden tuotantoa ja niiden rakenteita, se olisi tehtävä samalla säädösten tasolla kuin niiden toiminnasta muutenkin säädetään. Pykälän 1 momentissa säädettäisiin kolmen valtakunnallisen palvelukeskuksen perustamisesta. Valtakunnallisuudella tavoitellaan yhtenäisiä palveluprosesseja, toiminnallista tehokkuutta ja mittakaavaetuja, jolloin hyödyt tulisivat esille pienempinä kokonaiskustannuksina ja toiminnan tehostamisessa saatavina säästöinä. Kokemukset valtion, kuntien ja suuryritysten hallinnollisten tukipalveluiden kokoamisesta yhteen ovat olleet pääosin hyviä ja niillä on aikaansaatava kokonaisuutena noin 20 prosentin säästöt ja joillakin toiminnan osa-alueilla potentiaali on tätäkin suurempi. Säästöt eivät kuitenkaan synny, ellei keskittämistä kyetä toimeenpanemaan. Uudistuksen yhteydessä maakunnille siirtyy kiinteää ja irtainta omaisuutta, laitteita, järjestelmiä sekä erilaisia sopimuksia. Palvelukeskusten toiminnan käynnistäminen edellyttää, että väliaikaisen maakuntahallinnon sekä palvelukeskukset perustavien organisaatioiden (Senaatti ja KEHA) toimenpitein selvitetään siirtyvä infrastruktuuri ja päätetään, mitä omaisuuskokonaisuuksia, järjestelmiä ja sopimuksia tarvitaan maakuntien palvelukeskusten toiminnan käynnistämiseen ja ylläpitoon. Tässä yhteydessä on otettava huomioon myös tarvittavat omistajajärjestelyt julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 16 §:ssä säädetyin edellytyksin, jos palvelutuotannon järjestämiseksi tarkoituksenmukaisella tavalla hyödynnetään inhouse-roolia yhteistyössä maakuntien ja kuntien omistamien ja mahdollisesti myös valtion palveluyhtiöiden välillä.”

.....

palveluita toisilleen rajoituksetta.²

Kilpailuneutraaliteettivelvoitteen täyttämiseksi palvelujen käyttäjiltä perittäisiin asianmukainen markkinahinta palvelukeskuksen ylläpitämistä ja tarjoamista palveluista. Pykälän 5 momentissa säädettäisiin siitä, että maakuntien yhtiöt ja kunnat voivat myös ostaa toimitila- ja kiinteistöhallinnan palvelukeskukselta 120 €:ssä tarkoitettuja tilapalveluja ja niihin liittyviä muita palveluja silloin, kun ne tuottavat palveluja samoissa tiloissa kuin maakuntien sosiaali- ja terveystalouksien palveluja tuottavat laitokset tai yhtiöt. Tässä momentissa mainittujen palvelujen myynti maakuntien yhtiöille ja kunnille ei saa olla enempää kuin 20 prosenttia palvelukeskusten kyseisiä palveluja koskevasta liikevaihdosta.

Muilta osin sovelletaan *julkisista hankinnoista annetun lain* säännöksiä. EU:n hankintadirektiivin (2014/24) 14 artiklan 4 kohdan mukaisesti hankintaviranomaiset voivat harjoittaa avoimilla markkinoilla alle 20 prosenttia yhteistyön piiriin kuuluvista toiminnoista. EU:n hankintadirektiivissä ei ole asetettu hankintayksikön ulosmyynnille euromääristä enimmäisrajaa. Momentilla mahdollistetaan erityisesti yhteisöyhtymien jatkuminen.

Maakuntalain 118 §:n 6 momentissa säädettäisiin palvelukeskuksen vastuusta toteuttaa sille määritelty tehtävä. Jos palvelukeskukset eivät tuotaisi kaikkia palvelusegmenttejä itse tai jos kapasiteetissa tarvittaisiin joustavuutta tai jos muualta olisi saatavissa palvelut edullisemmin, palvelukeskukset voisivat kilpailuttaa palveluita ja eri palvelutuottajia markkinaehtoisesti.

2 Maakuntalain 118 §:n 4 momentissa säädettäisiin tieto- ja viestintätekniisten palvelujen palvelukeskuksen velvollisuudesta toteuttaa asiakas- ja potilastietojen käsittelyn ja integraation edellyttämiä sähköisiä palveluja myös muille kuin 3 momentissa tarkoitetuille asiakkaille. ”Säännöksen perusteella palvelukeskuksen olisi tarjottava kaikille maakunnan järjestämisvastuun piiriin kuuluville sosiaali- ja terveystalouksien palveluja tuottaville yhteisöille, säätiöille ja itsenäisille ammatinharjoittajille niiden välttämättä tarvitsemia ja asiakas- ja potilastietojen käsittelyn ja integraation edellyttämiä sähköisiä palveluja. Sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisestä annetun lain 58 §:n perusteella maakunnan järjestämisvastuulle kuuluvien sosiaali- ja terveystalouksien palvelujen tuottamisen yhteydessä syntyvät asiakas- ja potilastiedot kuuluvat maakunnan asiakas- ja potilasrekisteriin. Sen ja tietointegraation toteuttamiseksi kaikkien palvelun tuottajien on käytettävä sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä annetun lain (159/2007) mukaisia valtakunnallisia tietojärjestelmäpalveluja (kanta-palvelut). Jotta myös pienillä yrityksillä ja itsenäisillä ammatinharjoittajilla olisi myös käytännössä mahdollisuus toimia palvelun tuottajina, edellä todetuilla palvelun tuottajien on oltava käytössään sähköiset järjestelmät ja palvelut, jotka mahdollistavat kanta-palveluihin liittymisen. Kanta-palvelujen kautta palvelun tuottaja saa palvelutapahtuman edellyttämät tiedot asiakkaasta ja voi tallentaa säädösten mukaiset asiakas- ja potilastiedot maakunnan asiakas- ja potilasrekisteriin. Tämä mahdollistaa palveluintegraation edellyttämän tietointegraation toteutumisen. Momentin perusteella palvelukeskuksen tulisi ylläpitää ja tarjota kilpailuneutraalisti sosiaali- ja terveydenhuollon asiakastietojen sähköisestä käsittelystä annetun lain mukaisten valtakunnallisten tietojärjestelmäpalveluiden integraatioon ja rajapintoihin liittyviä palveluita. Lisäksi se voisi tarjota sosiaali- ja terveydenhuollon sähköisen asioinnin ja asiakastietojen käsittelyn edellyttämiä tietojärjestelmäratkaisuja palvelun tuottajien käyttöön. Tämä mahdollistaisi tietojen liikkuvuuden ja integroinnin asiakas- ja potilastietojärjestelmien välillä. Kohteina voisivat olla maakunnan järjestämisvastuulle kuuluvia palveluja tuottavat yritykset niiden omistajatahosta riippumatta. Palvelukeskuksella olisi siten velvollisuus tarjota ja ylläpitää asiakas- ja potilastietojen sähköisen käsittelyn edellyttämiä palveluita myös markkinaehtoisesti toimiville yhtiöille kilpailuneutraalisti.”

Maakuntalain 119 §:ssä asetettaisiin *velvollisuus käyttää palvelukeskuksen palveluja*. Pykälässä asetettaisiin maakunnille ja niiden tytäryhteisöille velvollisuus valtakunnallisten palvelukeskusten tuottamien palvelujen käyttämiseen. Käyttövelvoitteesta olisi välttämätöntä säätää laissa, koska maakunnat ja niiden organisaatiot ovat toiminnassaan itsenäisiä ja päättävät palvelutuotannostaan ja tukipalveluistaan. Käyttövelvoite rajoittaisi maakuntien ja niiden organisaatioiden itsenäistä päätösvaltaa. Jotta yhtenäistämällä ja keskittämällä saataisiin riittävät tuottavuushyödyt ja estettäisiin maakuntien keskinäinen investointikilpailu, valtioneuvoston asetuksella olisi mahdollisuus antaa tarkempia säännöksiä eri palvelukokonaisuuksien osalta käyttövelvoitteen piiriin kuuluvista palveluista.³

Käyttövelvoite ei olisi kuitenkaan ehdoton, vaan pykälän mukaan maakunnat ja niiden organisaatiot voisivat käyttää muun palveluntuottajan tarjoamaa palvelua, jos sen käyttö olisi tietyssä toiminnassa tai asiassa taikka sen osassa välttämätöntä taloudellisesta, toiminnallisesta, teknisestä tai muusta vastaavasta perustellusta syystä.⁴

Maakuntalain 121 §:ssä säädetään Talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksen (Hetli Oy) tehtävistä. Palvelukeskus olisi valtakunnallinen osakeyhtiö, jonka palvelutuotanto olisi hajautettu alueellisesti eri puolille maata. Näin ...

”varmistettaisiin maankuntien erilaiset tarpeet ja se, että palvelutuotanto olisi riittävän lähellä yksittäisiä maakuntia. Alueellisesti hajautettu palvelutuotanto voidaan järjestää myös konsernirakenteen mukaisesti palvelukeskuksen tytäryh-

3 Lähtökohtaisesti valtakunnallisen palvelutuotannon järjestäminen tulisi perustua palvelukeskusten hallitusten omiin päätöksiin kuitenkin siten, että valtakunnallinen yhtenäisyys ja tehokkuus taattaisiin ja perusteettomia poikkeamia voitaisiin tarvittaessa rajoittaa käyttövelvoitteen kautta. Perusteena voisivat olla ylimaakunnalliset toiminnalliset tai taloudelliset syyt, yhtenäiset tieto- tai muut tekniset ratkaisut taikka muut edellä oleviin verrattavat objektiiviset syyt, joiden osalta valtakunnalliset ratkaisut olisivat kokonaisuuden kannalta perusteltuja, vaikka jonkun yksittäisen maakunnan tai sen organisaation osalta syntyisikin tilanteita, joissa paikallisesti olisi hyviä ratkaisuja olemassa, mutta ne eivät olisi laajennettavissa valtakunnalliseksi.

4 Ehdotuksen mukaan ”nämä poikkeusperusteet eivät kuitenkaan koskisi toimitila- ja kiinteistöhallinnon palvelukeskuksen palvelujen käyttöä, vaan niiden osalta lakisääteinen käyttövelvollisuus olisi toiminnan järjestämisen lähtökohta. Tämä olisi perusteltua, koska toimitilojen ja kiinteistöjen osalta on tarkoitus, että kuntien kyseinen omaisuus jäisi niiden haltuun vuokrattavaksi tulevaan palvelutuotantoon ja vain se omaisuus, joka olisi maakuntiin välittömästi siirtyvien organisaatioiden hallinnassa, siirtyisi uusille maakunnille. Kiinteistöihin ja infrastruktuuriomaisuuteen kohdistuvat investoinnit olisivat suuria ja pitkävaikutteisia eikä kokonaisuuden kannalta olisi perusteltua mahdollistaa maakuntien välille avointa kilpailua tällä alueella. Tieto- ja viestintätekniisten palvelujen palvelukeskus tuottaisi lisäksi valtioneuvoston asetuksella tarkemmin säädetyllä tavalla tietotekniikkapalveluja. Tietotekniikkapalveluilla tarkoitettaisiin esimerkiksi valtion yhteisten tieto- ja viestintätekniisten palvelujen järjestämisestä annetussa laissa (1226/2013) tarkoitettuja perustietotekniikkapalveluja, kuten tieto- ja viestintätekniisiä pilvipalveluja. Pykälän 2 momentissa säädettäisiin maakuntien ja niiden organisaatioiden kuulemisvelvollisuudesta ennen valtioneuvoston asetuksen antamista. Se olisi välttämätöntä ja perusteltua, koska valtioneuvosto määräisi sitovasti käyttövelvollisuudesta. Kuuleminen tulisi suorittaa riittävän ajoissa, jotta asetusta valmisteltaessa olisi tiedossa eri maakuntakonsernien toimijoiden kanta sekä vaihtoehdot käyttövelvollisuuden ajalliselle ja sisällölliselle laajuudelle. Myös eri maakuntien ja niiden organisaatioiden asema voi olla erilainen suhteessa käyttövelvoitteeseen.”

tiöksi. Valtakunnallisuudella ratkaistaisiin palvelutuotannon kapeikkoja ja erikoistumisella voitaisiin tehostaa tuotantoa toimipaikkojen välillä. Valtakunnallisella rakenteella ja palvelutuotannoin ohjauksella vähennettäisiin sirpaloituminen liian pieniin toimintayksiköihin. Siirtymäkauden jälkeen palvelukeskuksen tuotantorakenteita olisi mahdollista sopeuttaa tavoitteena suurempi yhtenäisyys ja palveluvolyymit.”

Maakuntalain 121 §:n 1 momentissa säädettäisiin vain palvelukeskuksen palvelusäلتöjen pääkategoriat. 119 §:n 2 momentin asetuksenantovaltuutuksella mahdollistettaisiin, että tarvittaessa valtioneuvoston asetuksella voitaisiin antaa tarkempia säännöksiä palvelukategorioiden sisällöstä ja näin ottaa yksityiskohtaisemmin ja joustavammin huomioon maakuntien erilaisuus palvelutuotannossa.⁵ Lain 121 §:ssä määritellyillä palvelukokonaisuuksilla tavoitellaan sitä, että niin sanotut massapalvelut olisivat tehokkaasti tuotettu kaikissa maakunnissa ja että yhtenäisillä palveluketjuilla voidaan saada suurin volyymihyöty. Maakuntien yhteiset palvelukeskukset eivät edustaisi maakuntia työnantajina eivätkä viranomaisina, vaan nämä tehtävät kuuluisivat maakunnille ja niiden työnantajaorganisaatioille. Palvelukeskusten rooli olisi tuottaa sellaisia tukipalveluiden luonteisia palvelukokonaisuuksia, joihin ei sisältyisi merkittävää palvelussuhteisiin tai rahankäyttöön liittyvää ylimaakunnallista ratkaisuvalltaa. Palvelukeskus hankkisi rahoituksen toimintaansa palvelumaksuilla maakunnilta ja niiden organisaatioilta. Palvelusopimusmallit hyväksyisi palvelukeskuksen hallitus ja niiden sisältönä olisi ainakin palvelukokonaisuuksien vastuunjako, maakunnan ja palveluyhtiön väliset oikeudet ja velvollisuudet sekä kustannusten jakoperusteen. Kun omistajina olisivat maakunnat, niillä olisi ”omistajina aito intressi huolehtia palveluyhtiön toiminnan tehokkuudesta sekä kustannustason pysymisestä alhaalla”. Tehtävän toteuttamiseksi palvelukeskus voisi tuottaa palveluja omilla resursseillaan ja se voisi hankkia palveluja ulkoisilta palvelutoimittajilta, alihankkijoilta. Alihankkijoita voisivat olla sekä yksityisen että julkisen sektorin toimijat.⁶

Palvelukeskuksia koskevan uudistuksen vaikutuksia ei ole kovin tarkasti analysoitu hallituksen esityksessä. Asiasta todetaan seuraavaa:

”Palvelujen ja hankintojen keskittämisellä valtakunnallisiin palvelukeskuksiin tulee todennäköisesti merkitsemään kehittämiskokonaisuuksien ja hankintako-

5 Lisäksi todetaan, että ”joidenkin nykyisten maakuntien alueella on jo nyt muodostettu erillisiä keskitettyjä organisaatioita huolehtimaan talous- ja henkilöstöhallinnon tukipalvelutuotannosta, osassa palvelutuotanto on kunta- ja kuntayhtymäkohtaista ja erityisvastuualueilla on sekä palvelukeskusrakenteita että hajautettua palvelutuotantoa.”

6 Vielä todetaan: ”Nyt ehdotettu palvelukeskusmalli on joustava ja mahdollistaa hyvin monenlaiset palvelurakenteet ja tarvittaessa laajan kilpailuttamisen. Palvelukeskuksen tuottamistehtävään kuuluisi myös kehittää omaa palvelutuotantoaan asiakkaidensa tarpeiden mukaisesti. Talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksen keskeiset asiakassegmentit olisivat maakunnat ja niiden tytäryhteisöt sekä näiden henkilöstö. Palvelukeskuksen toiminnassa yhtenäisillä palveluprosesseilla sekä sähköisillä palveluilla ja tietojärjestelmillä tulee olemaan erittäin keskeinen rooli, jolloin yhteistoiminta korostuu erityisesti maakuntien omien ja valtakunnallisten tieto- ja viestintätekniisten palveluntuottajien kanssa.”

konaisuuksien kokoluokan kasvamista nykyisestä. Suuremmissa kokonaisuuksissa tehtävä kehittäminen merkitsee yleensä kehitystyön pidempää aikataulua sekä kehittämiskohteiden asiakaskohtaisen joustavuuden vähentymistä. Suurempina kokonaisuuksina tehtävillä hankinnoilla voi olla myös negatiivisia ulkoisvaikutuksia markkinaehtoiseen palvelujen tarjontaan, muun muassa pienten ja keskisuurten yritysten mahdollisuuksiin tarjota itsenäisinä toimijoina palvelukeskusten tarjouspyyntöä vastaavia palveluja. Kehittämisen ja hankintojen keskittämisen avulla maakuntien valtakunnallisiin palvelukeskuksiin saattaa olla haitallinen vaikutus myös nykyiseen kustannustasoon hankintakokonaisuuksien volyymin pienentymisen kautta.”⁷

Maakuntalakia koskevan hallituksen esityksen 117 §:ssä säädetäisiin kilpailulain soveltamisesta Pykälä vastaa asiallisesti kuntalain 132 §:ssä säädettyä. Kilpailulaki on uudistuksen yhteydessä tarkoitus muuttaa siten, että Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta ulotettaisiin maakunnan kilpailulain vastaiseen toimintaan puuttumiseen. Kilpailulain 30 a §:ssä säädetään kilpailulain soveltamisesta tilanteessa, jossa kunnan, kuntayhtymän, valtion taikka niiden määräysvaltaan kuuluvan yksikön harjoittamassa taloudellisessa toiminnassa sovelletaan sellaista menettelyä tai toiminnan rakennetta, joka tavaroiden tai palveluiden tarjonnassa: 1) vääristää tai on omiaan vääristämään terveen ja toimivan kilpailun edellytyksiä markkinoilla; 2) estää tai on omiaan estämään terveen ja toimivan taloudellisen kilpailun syntymistä tai kehittymistä; tai 3) on ristiriidassa kuntalaissa säädetyn markkinaperusteisen hinnoittelun vaatimuksen kanssa. Kilpailu- ja kuluttajavirasto voisi vastaavissa tilanteissa puuttua maakunnan tai sen määräysvaltaan kuuluvan yhteisön harjoittaman kilpailulain vastaiseen menettelyyn tai toiminnan rakenteeseen. Säännöksen todennäköinen käyttöala ei ole erityisen selkeästi määritelty, eikä selvää ole, mikä vaikutus sillä voisi olla palvelujen keskittämisestä aiheutuvan kilpailuhaitan torjumisesta, kun tämä kerran tapahtuu erityislainsäädännöllä.

3.1.2 Valtioneuvoston asetus maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksen tehtävistä ja käyttövelvoitteeseen kuuluvista palveluista

Valmisteilla on myös Valtioneuvoston asetus maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksen tehtävistä ja käyttövelvoitteeseen kuuluvista palveluista Asetusluonnoksen 1 §:ssä todetaan, että maakuntalain 118 §:n 1 momentin 2 kohdassa tarkoitettu maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskus on Hetli Oy. Asetusluonnoksen 2 §:n mukaan maakuntien palvelukeskuksen tehtävänä on tuottaa taloushallinnon, maksuliikenteen ja kirjanpidon palveluja sekä henkilöstö- ja palkkahallinnon asiantuntija- ja tukipalveluja ja näihin välittömästi liittyviä muita palveluja.

⁷ Hallituksen esitys eduskunnalle maakuntien perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi, s. 291.

.....

Asetuksen 3 §:ssä säädettäisiin tarkemmin *palveluiden käyttövelvoitteesta*. Maakunnan olisi käytettävä palvelukeskuksen tuottamia palveluja (*käyttövelvoite*). Käyttövelvoite perustuisi maakuntalain 119 §:n 1 momenttiin. Maakuntalain 119 §:n 1 momentissa säädetään, että maakunnan ja maakunnan tytäryhteisön, joka ei toimi kilpailutilanteessa markkinoilla, on käytettävä talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskuksen tuottamia palveluja, ellei maakuntalain 122 §:ssä tarkoitetuissa palveluissa muun palveluntuottajan tarjoaman palvelun käyttö ole tietyssä toiminnassa tai asiassa taikka sen osassa välttämätöntä taloudellisesta, toiminnallisesta, teknisestä tai muusta vastaavasta perustellusta syystä. Pykälän 2 momentissa säädetään, että valtioneuvoston asetuksella voidaan säätää tarkemmin palvelukeskusten tehtävistä ja käyttövelvoitteen piiriin kuuluvista palveluista. Ennen valtioneuvoston asetuksen antamista on kuuluttava maakuntia ja tarvittavassa laajuudessa maakunnan tytäryhteisöjä.

Käyttövelvoitetta koskevana perusteluna todetaan, että maakuntalain mukainen käyttövelvoite on katsottu tarpeelliseksi, jotta maakuntauudistuksessa asetetut tavoitteet voidaan saavuttaa. Jotta yhtenäistämällä ja keskittämällä saataisiin riittävät tuotavuushyödyt ja estettäisiin maakuntien keskinäinen investointikilpailu, valtioneuvoston asetuksella säädettäisiin tarkemmin eri palvelukokonaisuuksien osalta käyttövelvoitteen piiriin kuuluvista palveluista.

Maakunta ja palvelukeskus eivät voisi esimerkiksi sopimuksellisesti sopia käyttövelvoitteen piiriin kuuluvien palveluiden tuottamisesta toisella tavalla, vaan tehtävän mukainen palvelu tulee toteuttaa käyttämällä palvelukeskuksen palvelua. Käyttövelvoitteen suunniteltu alkamisajankohta olisi 1.1.2020, kun maakunnat aloittavat toimintansa. Palvelukeskuksen tulee tähän mennessä järjestää toimintansa ja tehtävienhoito niin, että se pystyy toteuttamaan käyttövelvoitteen edellyttämät palvelut maakunnille. Käyttövelvoitteen alaisia palveluita tuotettaessa pyritään välttämään päällekkäisiä investointeja ja pyritään myös hyödyntämään olemassa olevia tuotantorakenteita.

Maakunta eli asiakas ohjaa palveluita ja tekee vastuullaan olevista tehtävistä tarvittavat päätökset. Palvelusta riippuen asiakkaan vastuulla on mm. tarvittavien valtuutusten määrittäminen, palvelukeskuksen tarvitsemien valtuutusten määrittely ja hyväksyntä, tarvittavien päätösten tekeminen sekä toimitettavien aineistojen oikeellisuus ja oikea-aikaisuus. Palveluista tehdään palvelusopimus maakunnan ja palvelukeskuksen välille, jossa määritellään palveluiden sisältö ja vastuunjako yksityiskohtaisesti. Palvelusopimuksessa määritellään ja rajataan myös palveluihin kuuluvan keskitetyn asiakasneuvonnan toimintavaltuudet, vastuut ja velvollisuudet.

Hetli Oy:n osalta käyttövelvoitteen piiriin kuuluisivat seuraavat palvelukeskuksen tuottamat palvelut:

1. Taloushallinnon palvelut⁸, ja

2. Henkilöstöhallinnon palvelut⁹

8 Taloushallinnon palveluihin kuuluisivat:

a. Ostolaskut ja ostoreskontra

Palvelukeskus tuottaa ostolaskujen sähköisen kierrätyksen, ostoreskontran hoitamisen sekä toimittajarekisterin ylläpidon. Palvelu sisältää palvelun tuottamisessa käytettävät järjestelmät sekä laskujen kierrätyksen automaatioasteen kehittämisen Palveluntuottajan valtuuksien puitteissa. Palvelu sisältää lisäksi ostolaskujen perusraportoinnin.

b. Asiakas- ja myyntilaskutus, myyntireskontra ja perintä

Palvelukeskus tuottaa asiakas- ja myyntilaskujen laskutuksen sekä myyntireskontran hoitamisen. Laskutus hoidetaan useimmiten osana Asiakkaan käyttämää muuta tietojärjestelmää. Palvelu tarjoaa kevyen laskutusrajapinnan yksittäislaskuille. Myyntilaskuihin liittyvä perintäpalvelu sisältää perintäpalveluiden toimittajahallinnan. Palveluun kuuluu maksuvalvonta, maksumuistutukset, vapaaehtoinen ja oikeudellinen perintä sekä jälkiperintä. Palvelu sisältää myyntilaskutuksen perusraportoinnin. Palvelu sisältää palvelun tuottamisessa käytettävät järjestelmät myyntireskontran sekä perintäpalvelun osalta. Asiakas- ja myyntilaskutuspalveluissa käytettävät järjestelmät ja niihin liittyvät vastuut sovitaan asiakaskohtaisesti.

c. Maksuliikenne

Palvelukeskus tuottaa maksuliikenneprosessin kokonaisvaltaisesti sisältäen maksujen ja suoritusten kohdentamisen reskontriin. Palvelu sisältää palvelun tuottamisessa käytettävät järjestelmät.

d. Kirjanpito ja tilinpäätöslaskelmat

Palvelukeskus tuottaa kirjanpitolain mukaisen kirjanpidon (sis. muistiotositteiden teknisen toteutuksen, alv-tilitykset sekä veroilmoitukset), käyttöomaisuuskirjanpidon, tilinpäätöksen ja kirjanpidon perusraportit. Palvelu sisältää palvelun tuottamisessa käytettävät järjestelmät.

e. Konsernitilinpäätös

Palvelukeskus tuottaa konsernitilinpäätöksen yhdessä maakunnan kanssa sovittujen aikataulujen mukaisesti. Palvelu sisältää palvelun tuottamisessa käytettävät järjestelmät

f. Maksatuspalvelut

Palvelukeskus tullee tuottamaan myös avustusten ja sopimuskorvausten maksatuksen perustehtäviä, joita ovat mm. maksatushakemusten käsittely, esittely ja ratkaisu, paikan päällä tehtävät tarkastukset sekä perusraportointi. Palvelu sisältää yleisen avustusjärjestelmän, keskitetyt hallinto- ja valvontajärjestelmät, määräaikaissraportoinnin sekä laadunhallinnan kontrollitoiminnon. Palvelu sisältää lisäksi perintäjärjestelmät ja perinnän avustavat tehtävät.

g. Maakuntien keskitetty talousraportointi

Palvelukeskus tulee tuottamaan myös maakuntien keskitetyn talousraportoinnin, sen automatisoinnin ja tuen maakuntien tarpeisiin perustuen.

9 Palveluihin sisältyy keskitetty asiakasneuvonta, jonka sisältö määritellään tarkemmin palvelusopimuksessa.

Henkilöstöhallinnon palveluihin kuuluisivat:

a. Palkkojen ja palkkioiden laskenta ja maksaminen, sisältäen

i. Kela- ja tapaturmavakuutuskirjausten käsittely

ii. Tilitykset, tilastot ja vuosi-ilmoitukset viranomaisille

iii. Perusraportointi

iv. Palkka- ja palvelutodistukset

Palvelukeskus tuottaa maakunnan palveluksessa olevan henkilöstön palkkojen laskennan sekä palkkojen ja palkkioiden maksatuksen. Palvelu sisältää palvelun tuottamisessa käytettävät järjestelmät.

b. Palvelusuhdetietojen hallinta

Palvelukeskuksen tuottama palvelusuhdetietojen hallintapalvelu sisältää järjestelmän palkanlaskennan kannalta tarvittavaan palvelussuhteen sähköiseen ylläpitoon (palvelussuhteen alkaminen, ylläpito ja päättäminen). Järjestelmä sisältää portaalin Asiakkaan esimiehille ja henkilöstölle. Palvelusuhdetietojen hallintapalvelussa henkilön palvelussuhteen tiedot päivittyvät järjestelmästä sähköisesti palkkajärjestelmään, matkan- ja kulunhallintajärjestelmään sekä mahdollisiin muihin järjestelmiin.

c. Matkan- ja kulunhallinta

Palvelukeskus tuottaa matkan- ja kulunhallinnan palvelut. Palvelu sisältää matka- ja kululaskujen sekä matkaennakoiden maksatuksen sekä perusraportoinnin. Palvelu tuottaa asiakkaan käyttöön matka- ja kululaskujen sekä matkaennakoiden käsittelyssä käytettävän järjestelmän palveluna.

Palveluihin sisältyy keskitetty asiakasneuvonta, jonka sisältö määritellään tarkemmin palvelusopimuksessa.

.....

Asetuksen 4 §:ssä säädettäisiin *käyttövelvoitteen toteuttamisesta*. Maakunnan käyttövelvoite toteutuu siten, että maakunta hankkii edellä 3 §:ssä mainitut talous- ja henkilöstöhallinnon palvelut palvelukeskukselta. Palvelukeskus tuottaa palveluita omana tuotantona ja hankkii palveluita yhtiön tytär- tai osaomistusyhtiöiltä sekä markkinoilta.

Asetuksen 4 §:n perusteella käyttövelvoitteen piiriin kuuluvissa palveluissa muun palveluntuottajan tarjoaman palvelun käyttö on mahdollista ainoastaan tapauksessa, mikäli se on tietyssä toiminnassa tai asiassa taikka sen osassa välttämätöntä taloudellisesta, toiminnallisesta, teknisestä tai muusta vastaavasta perustellusta syystä. Momentti on informatiivinen ja sillä viitataan maakuntalain 119 §:n 1 momenttiin.

Koska maakuntalain 119 §:n 1 momentin mukaan käyttövelvoite ei ole ehdoton, on tarpeen säätää menettelystä käyttövelvoitteen toteuttamiseksi. Maakuntalain 119 §:n 1 momentin mukaan maakunnat ja niiden organisaatiot voisivat käyttää muun palveluntuottajan tarjoamaa palvelua, jos sen käyttö olisi tietyssä toiminnassa tai asiassa taikka sen osassa välttämätöntä taloudellisesta, toiminnallisesta, teknisestä tai muusta vastaavasta perustellusta syystä. Pykälän 2 momentti toteaa maakuntalain mukaiset poikkeamisperusteet.

Taloudellinen peruste tarkoittaa sitä, että vastaava palvelu on saatavissa muulta kuin palvelukeskukselta merkittävästi edullisemmin. Toiminnallinen peruste tarkoittaa tilannetta, jossa palvelukeskus ei pysty esimerkiksi tarjoamaan kuvattuun tarpeeseen sopivaa palvelua tai palvelua ei pystytä sovittamaan asiakkaan kuvaamaan toimintaan. Tekninen peruste tarkoittaa, että esimerkiksi palvelu ei siinä käytetyn teknologian johdosta ole sovitettavissa asiakkaan käyttämään tietotietotekniseen ympäristöön.

Asetuksen 4 §:n 3 momentin mukaan mikäli maakunta ja maakunnan tytäryhteisö, joka ei toimi kilpailutilanteessa markkinoilla, ryhtyy hankkimaan tämän asetuksen 3 §:ssä tarkoitettua palvelua muulla tavalla kuin palvelukeskukselta, sen on yksilöitävä syy muun palveluntuottajan tarjoaman palvelun käytölle ja saatettava käyttövelvoitteesta poikkeaminen palvelukeskuksen hallituksen päätettäväksi ennen hankinnan käynnistämistä tai korvaavan palvelun toteuttamista. Yhtiön hallitus arvioi käyttövelvoitteesta poikkeamisen tilanteen ja perusteet sekä taloudelliset ja toiminnalliset vaikutukset yhtiöön ja sen asiakkaisiin sekä maakunta-arkkitehtuurin toteuttamiseen.

Mikäli yhtiön hallitus toteaa, että maakunnalla on perusteltu syy poiketa käyttövelvoitteesta, sen tulee välittömästi ryhtyä toimenpiteisiin saattaakseen palvelun sellaiseksi, että käyttövelvoite voidaan lain ja asetuksen mukaisesti toteuttaa.

Yhtiön hallituksen tulee ilmoittaa 4 momentin mukaan käyttövelvoitteesta poikkeamisesta yhtiökokoukselle. Ilmoituksessa kuvataan muun muassa poikkeamisen perusteet ja toimenpiteet, joihin yhtiö on ryhtynyt palveluiden saattamiseksi sellaisiksi, että käyttövelvoite voidaan toteuttaa.

3.2 TAHE-palvelujen markkinoiden muutos maakuntalainsäädännön seurauksena

Seuraavassa käsitellään ensiksi talous- ja henkilöstöhallinnon (TAHE) palvelujen nykytilannetta kuntakentässä.¹⁰ Tämän jälkeen käydään läpi näiden markkinoiden oletettuja muutoksia kuntakentässä, jotka edellä käsitelty maakuntalainsäädäntö tuo mukanaan.

Näiden markkinavaikutusten käsittely on olennaista jäljempänä olevan kilpailuoikeudellisen analyysin esikysymyksenä.

3.2.1 Kaupunkien, kuntien ja kuntayhtymien TAHE-markkinat 2017

Nykyisin TAHE-palveluita tuottavat kuntatoimijoille yksityiset sekä julkiset palveluntarjoajat. Hankintalain mukaan kuntien on lähtökohtaisesti kilpailutettava hankintansa. Osa kuntatoimijoista on kilpailuttanut TAHE-palveluita julkisesti (hilmassa), jolloin osa kuntasektorin palveluista on päätynyt myös yksityiselle sektorille. Merkittävä osa kuntatoimijoista on kokenut TAHE-palveluiden kilpailutuksen hankintalain puitteissa haasteelliseksi. Palveluhankintojen ostamiseen ulkopuolelta liittyy aina omia haasteita. Muun ohella tästä syystä jotkin in house -yhtiöt on alettu perustamaan kuntatoimijoiden toimesta.

Tässä selvityksessä ei ole tarkoitus ottaa kantaa siihen, missä määrin vuoden 2017 hankintalain kautta voimaan tuleva sidosyksikköjen sääntely on tarkoituksenmukaista tai ei sitä ole. Tämän selvityksen kohteena olevien oikeudellisten kysymysten kannalta olennaista on todeta se, että nykyisin kuntatoimijat voivat siis halutessaan milloin tahansa kilpailuttaa TAHE-palvelut hankintalain puitteissa yksityiseltä sektorilta tai hallintosääntöjen mukaisesti in house -yhtiöiltä.

3.2.2 Nykyinen kilpailutilanne kuntakentän SOTE-TAHE-markkinoilla

Perustettujen in house -palveluntarjoajien välille on syntynyt kilpailutilanne markkinoilla, jossa ne kilpailevat keskenään samoista asiakkaista. Ainakin mainitut kolmen suurta in house -yhtiötä myyvät palveluita vastiketta vastaan liiketaloudellisiin perusteisiin, ja samaa toimintaa harjoittavat myös yksityisessä omistuksessa olevat palveluyritykset. Kyse on kilpailuoikeudellisesti taloudellisesta toiminnasta, joka kuuluu Tällä hetkellä in house -yhtiöistä kolme (Taitoa, KuntaPro ja Monetra) toimivat valtakunnallisesti. Tällä hetkellä suurimpien palvelukeskusten volyymit jakaantuvat seuraavasti:

¹⁰ Tässä jaksossa 3 oleva markkina-analyysi perustuu tämän selvityksen toimeksiantajien, erityisesti Kunnan Taitoa Oy:n toimittamaan taloudelliseen analyysiin. Johtopäätökset ovat tämän selvityksen laatijan omia.

	Taitoa	Kuhilas	Saita	Monetra	KuntaPro	Provincia	Siun Talous	Yhteensä
Tahe- liikevaihto €	39 milj.	3,96 milj.	7 milj.	12 milj.	26 milj.	7,3 milj.	5,5 milj.	100,8 milj. €
Henkilöstö- määrä tahe- palvelut	510	60	85	170	187	100	88	1200 hlöä
Myyntilaskut	2 370 000	725 000	430 000	730 000	1 310 000	410 000	617 000	6 592 000 kpl
Ostolaskut	1 130 000	240 000	235 000	470 000	700 000	195 000	250 000	3 220 000 kpl
Palkka- laskelmat	975 000	190 000	170 000	408 000	575 000	255 000	195 000	2 768 000 kpl

Usein kuntatoimijoiden tarjouskilpailuissa ovat mukana kyseiset kolme suurinta yhtiötä sekä mahdolliset paikalliset in house -yhtiöt. Esimerkiksi Hyvinkään kaupunkia¹¹ ja Pirkanmaan maakuntaa¹² koskevat tuoreet esimerkit osoittavat kilpailutilanteen yhtiöiden välillä. Kilpailutilanne oli varsin saman kaltainen kuin neuvottelumenetelyssä, jossa on mukana useampi kilpaileva toimittaja.

11 Hyvinkään kaupunki ja kilpailutilanne tahe- palveluntarjoajien välillä, jon koskenut taloushallinnon palveluiden kehittämistä hyvinkään kaupungissa. Kv 3.4.2017 / § 43 (kaupunki valtuuston päätös ja taustaselostus löytyy liitteestä). Tiivistetysti kaupungin näkökulmasta kaupungin tahe-palveluissa kehittämis- ja muutostarpeita, joista osa on pakottavia, esim. ICT-järjestelmien käyttöänsä päättymisen, taloustietojen saatavuus ja käytettävyys. Asiassa on selvitetty vaihtoehtoja, joissa toimijana/tuottajana kuntien yhteisesti omistama yhtiö. Kaupunki on aloittanut alustavat keskustelut Kuntapro Oyn ja Kunnan Taitoan Oyn kanssa. Kaupunki selvittänyt alustavasti siirtymän toiminnallisuutta ja kustannustasoa. Vertailun perusteella valinta kohdistui Kuntaproon. Tiivistetysti Kuntapron ja Taitoan näkökulmasta kummatkin palveluntarjoajat aloittaneet omat keskustelut kaupunginedustajien kanssa. Palveluntarjoajat tiedostivat toistensa mukana olon, mikä loi kilpailutilanteen markkinoilla. Useiden keskusteluiden perusteella palveluntarjoajat muodostivat kokonaiskuvan asiakkaan palvelutarpeesta ja tarjouksesta. Tarjousten muodostamisessa palveluntarjoajat joutuivat huomioimaan kilpailutilanteen ja räätälöimään mahdollisimman hyvät tarjoukset, esim. kustannusten ja tarjoaman näkökulmasta. Kaupunki sai kilpailun kautta etua, ja valituksi tuli kaupungin näkökulmasta kilpailulla löydetty paras ratkaisu.

12 Pirkanmaan maakunnassa syntyi seuraava kilpailutilanne tahe-palveluntarjoajien välillä. Kaupungin-hallituksen konsernijaosto, kokous 31.10.2017 § 41 Tampereen kaupungin ja Pirkanmaan maakunnan talous- ja henkilöstöhallinnon palveluiden tuottamisen linjaukset. Tiivistetysti Pirkanmaan toimijoiden näkökulmasta (Tre kaupunki, Pshp, tuleva maakunta). Asiassa toteutettiin tukipalveluselvitys, jonka suositukseksi todettiin TAHE-hallinnon osalta, että palveluiden järjestäminen maakunnan ja Tampereen tiiviillä yhteistyöllä yksityistä kumppania hyödyntäen on suositeltavampaa kuin järjestäminen erikseen. Valmisteluryhmä on työstänyt asiaa eteenpäin ja käynyt kumppanuuskeskustelut potentiaalisten kolmen kumppanin, KuntaPro Oy, Kunnan Taitoa Oy ja Monetra Oy kanssa. Kumppaniksi valikoitui Monetra Oy. Tiivistetysti palveluntarjoajien näkökulmasta palveluntarjoajat olivat aloittaneet omat keskustelut valmisteluryhmän kanssa. Potentiaaliset toimittajat tiedostivat muiden palveluntarjoajien mukanaolon, mikä osoitti kilpailutilanteen. Kumppanuuskeskusteluissa palveluntarjoajat esittivät näkemyksiä ja ratkaisuja kumppanuudesta. Esityksissä huomioitiin kilpailutilanne ja tarjottiin parhainta mahdollista kokonaisratkaisua. Kilpailun kautta haettiin maakunnan etua ja paras ratkaisu.

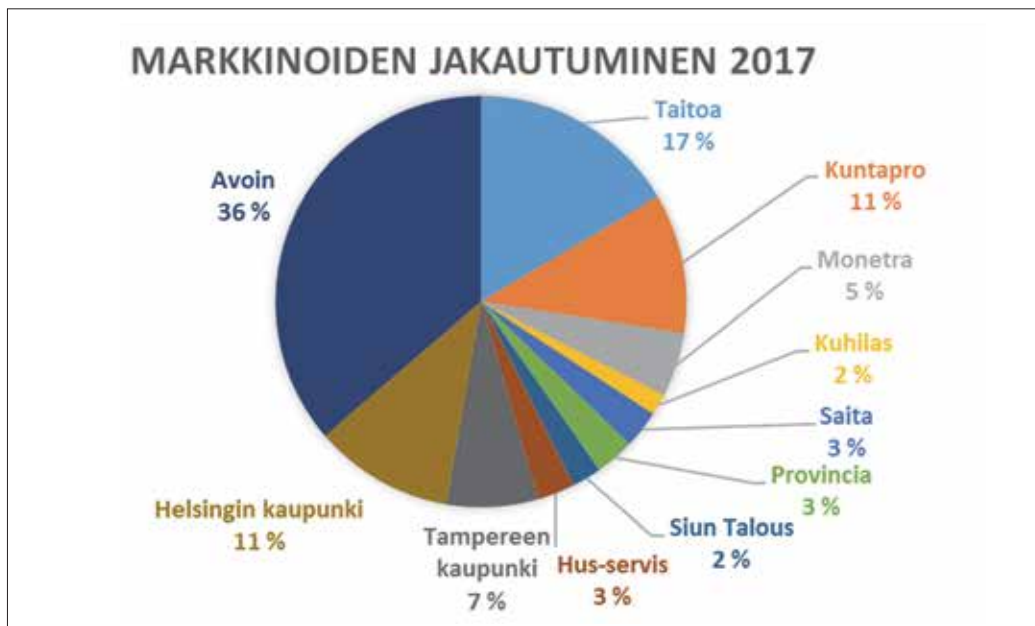
Nykyisellään uusien in house -palveluntarjoajien tulo markkinoille ei ole rajoitettu. Markkinoille on myös tullut uusia toimijoita.¹³ Vaihtoehtoina ovat myös yksityisen toimijan hankintalain mukainen kilpailuttaminen tai palvelun tuottaminen yhteistyössä toisen kuntatoimijan kanssa.

Nykytilanteessa kuntatoimijoiden TAHE-palveluiden markkinoilla kilpailua käyvät keskenään in house -yhtiöt, yksityiset palveluntarjoajat ja kuntatoimijoiden TAHE-yhteistyömuodot (emokuntamalli). Oheinen luettelo sisältää listan in house -muotoista, tunnetuista palveluntuottajista.

Suurimmat oy (in house) muotoiset tahe-palveluntarjoajat	Muut tunnetut seudulliset toimijat	Paikalliset toimijat (Isot kuntakohtaiset toimijat, jotka tuottavat liikelaitos/ yksikkö)	Sairaanhoitopiirit (tahe-palvelut hoidetaan itse tai jonkun toimijan kautta)
- Kunnan Taitoa Oy (Valtakunnallinen) - KuntaPro Oy (Valtakunnallinen) - Monetra Oy (Valtakunnallinen) - Saita (Lpr. ja E-Karjalan seutu, Oy) (Saimaan talous ja tieto Oy) - Kuhilas Oy (Kuopion seutu, Oy) - Provincia Oy (Lahden seutu, Oy) - Siun Talous Oy (Pohjois-Karjala)	- Kuntalaskenta Oy (Pieksämäki, Oy) - Pohjois-Karjalan tietotekniikkakeskus Oy - Suupohja (Suupohjan Seutupalvelukeskus Oy) (Etelä-Pohjanmaa, Oy) - Järvinet Oy (Etelä-Pohjanmaa, Oy) - Satu (Sastamalan tukipalvelut Oy) - Kainuun SOTE (Kainuun seutu, ky) - Oulunkaaren kuntayhtymä (Pohjois-Pohjanmaa, ky) - Oy Komit Ab (Kokkola) - Kuntien Hetapalvelut Oy (Pohjois-Pohjanmaa) - RHL-Data Oy (Riihimäen seutu)	- Helsinki, liikelaitos - Espoo, yksikkö - Vantaa, yksikkö - Tampere, yksikkö - Vaasa, liikelaitos - Porvoo, yksikkö - Jyväskylä, liikelaitos - Seinäjoen, yksikkö - Lohja, yksikkö - Rauma, yksikkö - Kokkola, yksikkö	- Etelä-Karjala (Eksote), Saita - Etelä-Pohjanmaa, yksikkö - Etelä-Savo (Essote), yksikkö - HUS, Hus-Servis tukipalveluiden tuotantoalue - Itä-Savo (Sosteri), yksikkö - Kainuun sote, yksikkö - Kanta-Häme, Kuntapro Oy - Keski-Pohjanmaa (Soite), yksikkö - Keski-Suomi, yksikkö - Kymenlaakso (Carrea), Kunnan Taitoa Oy - Lappi, yksikkö - Länsi-Pohja, yksikkö - Pirkanmaa, yksikkö - Pohjois-Karjala, Siun Talous Oy - Pohjois-Pohjanmaa, Monetra Oy - Pohjois-Savo, n/a (ei yhtiö) - Päijät-Häme, Provincia Oy - Satakunta, Kuntapro Oy (palkat), shp oma yksikkö taloushallinto - Vaasa, n/a - Varsinais-Suomi, yksikkö

Kuntasektorin (kunnat + sote) TAHE-palveluiden markkinoiden jakautumisesta 2017 on tehty seuraava arvio. Kyseisen markkinan volyymi on noin 250 miljoonaa euroa (ei sis. konserniyhtiöitä). Markkinaosuudet jakaantuvat nykyään seuraavasti:

13 Uusien toimijoiden osalta esimerkiksi Pohjois-Karjalassa on 2017 aloittanut Siun Talous Oy on lisännyt kilpailua lähialueella. Pohjois-Karjalan maakunnan alueella TAHE-palveluiden osalta on "avoimia" kuntatoimijoita, jotka pystyvät halutessaan kilpailuttamaan palvelut paikallisen Siun Talous Oy:n ja valtakunnallisten in house -yhtiöiden väliltä. Vaihtoehtoina ovat myös yksityisen toimijan hankintalain mukainen kilpailuttaminen tai palvelun tuottaminen yhteistyössä toisen kuntatoimijan kanssa. Pohjanmaalla Soiten (Keski-Pohjanmaan sote ky) valtuusto päättänyt perustaa monialaisen in-house tukipalveluyhtiön Keski-Pohjanmaan Tukipalvelut Oy:n. Maakunnan alueella TAHE-palveluiden osalta on "avoimia" kuntatoimijoita, jotka pystyvät halutessaan kilpailuttamaan palvelut paikallisen Keski-Pohjanmaan Tukipalvelut Oy:n ja valtakunnallisten in house -yhtiöiden väliltä.



3.2.3 Hetli Oy ja TAHE-markkinat muutoksen jälkeen 2020

Kuten edellä on jo todettu, Hetli Oy saisi yksinoikeuden tuottaa taloushallinnon, maksuliikenteen ja kirjanpidon palveluita ja niihin välittömästi liittyviä muita palveluita sekä henkilöstö- ja palkkahallinnon asiantuntija- ja tukipalveluita ja niihin välittömästi liittyviä muita palveluita maakunnille silloin kun ne eivät toimi markkinoilla. Ajatuksena myös on, että Hetli Oy voisi myydä palveluita maakunnille myös niiden toimessa kilpailutilanteessa.

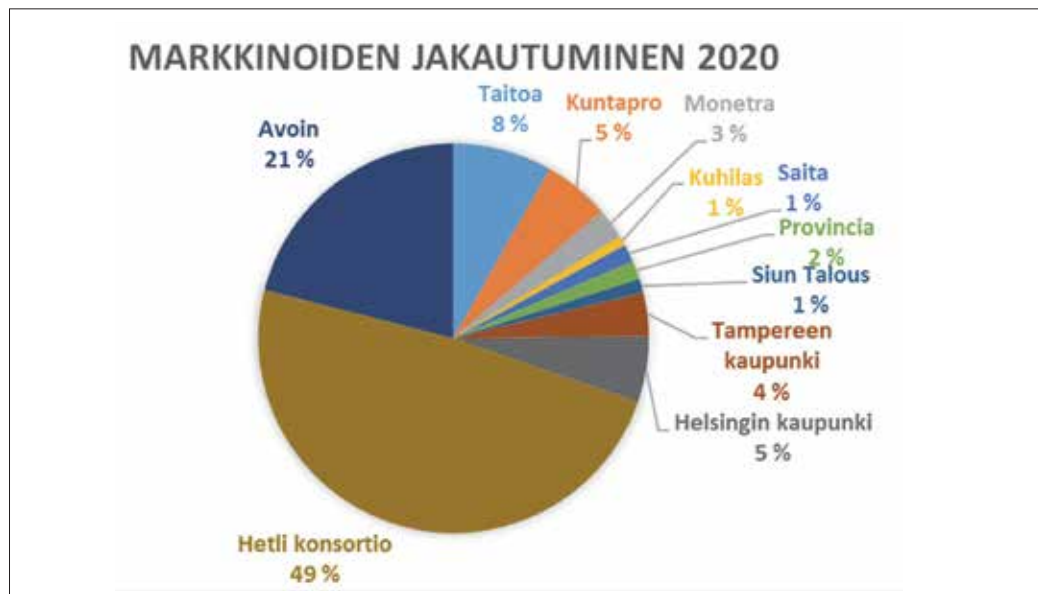
Hetli Oy:n omistajaohjaus on tällä hetkellä valtiolla. Hetlin omistus on tarkoitus siirtää 18 maakunnalle 1.1.2020 alkaen. Hetli tuottaa palveluita sekä omana tuotantona että tytä-/osaomistusyhtiöiden (konsortioyhtiöiden) kautta maakunnille, maakuntien määräysvallassa oleville yhteisöille sekä maakunnan tytäryhteisöille, jotka eivät toimi kilpailutilanteessa markkinoilla.

Talous- ja henkilöstöhallinnon palvelut tuottaa maakunnalle lähtökohtaisesti Hetli, jos palveluita ei ole yhtiöitetty maakunnalle siirtyvien toimintojen osalta. Maakunnissa on ryhdytty kevään 2017 aikana toimenpiteisiin talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskusyhtiöiden (Hetli tai ns. MAKU TAHE -yhtiöt) valitsemiseksi tai mahdollisesti perustamiseksi. Talous- ja henkilöstöhallinnon palvelutuotannossa on tavoitteena hyödyntää olemassa olevia rakenteita sekä suosia laajaa yhteistyötä yli maakuntarajojen.

Maakuntauudistuksen käynnistyessä 1.1.2020 Hetlin konsortioon kuuluvia yhtiöitä tulee olemaan 10–12 kpl. Kaikki Maku-Taheyhtiöt tuottavat thh-palveluita myös kunnille (pl. ”Hus-yhtiö”). Valtiovarainministeriön ilmoittama tavoite on, että

MAKU-TAHE -yhtiöiden määrä supistuu 2020-luvulla 4–6 toimijaan. Tämän johdosta kuntien ja maakuntien palvelutuotanto tulee ainakin jossakin määrin eriytymään toisistaan, mikä saattaa heikentää in house -yhtiöiden toimintakykyä.

Kuntasektorin (kunnat + maakunnat sis. sote) TAHE-palveluiden markkinoiden jakautumisesta Hetli-konsortion toteuduttua 2020 (n. 250 miljoona euroa ei sis. konserniyhtiöitä) on tehty seuraava arvio.



Näin olleen suunnitelman toteutuessa Hetli Oy ja sen konsortio lohkaisee noin puolet tulevasta TAHE-palveluiden kokonaismarkkinoista. Hetli-konsortio saattaa lakiluonnosten perusteella nousta määräävään asemaan markkinoilla. Riskinä tässä suhteessa on merkittävä markkinavoima, jonka perusteella on mahdollista määrittää hinnat, sopimukset, palvelutuottajat sekä järjestelmät. Määräväällä markkina-asemalla tarkoitetaan SEUT 102 artiklan mukaan taloudellisen voiman yhtiölle antamaa asemaa, jossa se voi toimia merkittävässä määrin riippumattomasti asiakkaista, kilpailijoista ja viime kädessä kuluttajista riippumattomana. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista tehdä yksityiskohtaista analyysia Hetlin tulevasta asemasta 2020, mutta ylivoimainen etumatka muihin toimijoihin viittaa ainakin merkittävään riskiin määrävän markkina-aseman syntymisestä esitetyn lainsäädännön seurauksena.

EU:n tuomioistuin on SEUT 102 artiklan osalta määritellyt määrävän markkina-aseman siten, että se on taloudellisen vallan yritykselle tuoma asema, jonka johdosta yritys voi estää tehokkaan kilpailun esiintymisen markkinoilla ja saa mahdollisuuden käyttäytyä merkittävässä määrin itsenäisesti kilpailijoistaan, asiakkaistaan ja viime kädessä kuluttajista riippumattomasti.¹⁴ Kilpailulain (948/2011) 4 §:n 2 momentin mu-

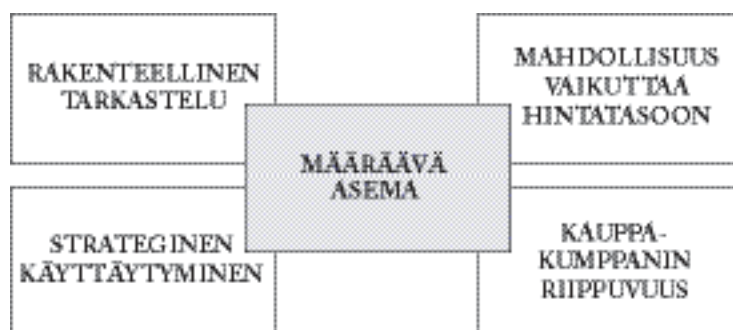
¹⁴ Ks. esim. *United Brands v. komissio*, 27/76, Kok. 1978 s. 207.

kaan määrävällä markkina-asemalla tarkoitetaan yhdellä tai useammalla elinkeinonharjoittajalla taikka elinkeinonharjoittajien yhteenliittymällä olevaa koko maan tai tietyn alueen kattavaa yksinoikeutta tai muuta sellaista määrävää asema tietyillä hyödykemarkkinoilla, että se merkittävästi ohjaa hyödykkeen hintatasoa tai toimitusehtoja taikka vastaavalla muulla tavalla vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin tietyllä tuotanto- tai jakeluportaalla. Määrävän markkina-aseman tunnusmerkistössä edellytetään joko mahdollisuutta vaikuttaa hyödykkeen hintatasoon tai mahdollisuutta muulla tavalla vaikuttaa alan kilpailuolosuhteisiin. Riittävää on siten hinnoittelun vapaus tai muu vastaava mahdollisuus vaikuttaa kilpailuolosuhteisiin. Määrävän aseman määritelmä ei edellytä, että yritys voisi yksinään määrätä hinnoista, vaan riittävää on mahdollisuus olennaisesti vaikuttaa niiden määräytymiseen. Riittävänä on siis pidettävä suhteellista hinnoitteluvapautta.¹⁵ SEUT 102 artiklan nojalla syntyneessä määritelmässä määrävää asemaa kuvastaa riippumattomuus kilpailun paineista. Kilpailulain 4.2 §:n määritelmässä korostuu määrävässä asemassa olevan yrityksen mahdollisuus vaikuttaa aktiivisesti alan kilpailuolosuhteisiin.

Tässäkin tapauksessa tarkastelun kohteena olevan yrityksen asemaa ja markkinoita on välttämätöntä tarkastella *kokonaisvaltaisesti*. Mitään yksittäistä helppoa tapaa määrävän aseman osoittamiseksi ei ole olemassa. Määrävä markkina-asema voidaan määrittää huomattavaksi määräksi markkinavoimaa. Määrävän aseman selvittämisessä päästään luotettaviin tuloksiin, kun analyysissa kiinnitetään samanaikaisesti huomiota jäljempänä esitettäviin¹⁶ neljään dimensioon:

- 1) *riippumattomuus kilpailun paineista* – mahdollisuus hinnoitella yli kilpailullisen hintatason;
- 2) *markkinoiden rakenteellinen tarkastelu* – keskittymisaste ja alallepääsyn esteet;
- 3) *strateginen tarkastelu* – yrityksen *vaikutusvalta* ja kilpailijoiden *haavoittuvuus*;
- 4) *kauppakumppaneiden riippuvuus* määrävässä asemassa olevasta yrityksestä.

Asia on esitettävissä seuraavan kuvan muodossa:



15 Ks. esim. Kuoppamäki, Uusi kilpailuoikeus (2012) s. 201 ss.

16 Ks. tarkemmin Kuoppamäki, Markkinavoiman sääntely EY:n ja Suomen kilpailuoikeudessa (2003), s. 242 ss.

Rakenteellisessa tarkastelussa määräävää asemaa lähestytään epäsuorasti määrittelemällä ensin tapauksen relevantit hyödyke- ja alueelliset markkinat ja tarkastelemalla tämän jälkeen yrityksen asemaa näillä markkinoilla. Markkinavoimaa mitataan markkinoiden keskittymisasteen perusteella. Yhdellä yrityksellä on määräävä asema, jos yritys on selvästi kilpailijoitaan suurempi, sen markkinaosuus on esim. 40–45 % ja alallepääsyn esteet rajoittavat uusien yritysten markkinoillepääsyä, joskin oikeuskäytännössä tietyissä tilanteissa jo 30 %:n markkinaosuus on riittänyt määräävän aseman todentamiseen. SEUT 102 artiklaa koskevan oikeuskäytännön mukaan yli 50 %:n markkinaosuus luo kumottavissa olevan oletuksen (*presumption*) määräävästä asemasta¹⁷.

Hinnoittelua koskevassa tarkastelussa tutkitaan sitä, missä määrin tarkastelun kohteena olevalla yrityksellä on *mahdollisuus vaikuttaa hintatasoon* tarkastelun kohteena olevilla hyödyke- ja maantieteellisillä markkinoilla. *Hintavallalla* (*power over price*) tarkoitetaan sitä, että yritys voi nostaa hinnat yli kilpailullisen tason itselleen kannattavasti. Neoklassisessa talousteoriasa markkinavoima ja määräävä asema määritellään yrityksen kyvyksi nostaa hinnat kannattavalla tavalla kilpailullisen tason yläpuolelle.¹⁸

Strategisen kilpailun näkökulmasta määräävässä asemassa olevan yrityksen ja kilpailijoiden keskinäistä suhdetta tarkastellaan sen kannalta, onko määräävässä asemassa olevalla yrityksellä mahdollisuus sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle. Suhteessa kilpailijoihin markkinavoima tarkoittaa sitä, että markkinavoimaisella yrityksellä on mahdollisuus vaikuttaa määräävästi kilpailijoiden toimintaan. Markkinoilta sulkeminen voi ilmetä joko markkinoille pääsyn estämisenä tai markkinoilta ajamisena. Strategisessa kirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota siihen, että erilaiset markkinoilla vallitsevat asymmetriat voivat selittää sidontaa sekä osoittaa sidonnan ja yleisemmin poissuljennan kannattavaksi strategiaksi.¹⁹ Määräävää asemaa kuvaa siten yhtäältä kilpailullisen tason ylittävä hintamarginaalia ja toisaalta mahdollisuus pois-

17 Ongelmaksi muodostuvat relevanttien markkinoiden määrittelyyn liittyvät rajanvetokysymykset. Tiettyä numeraalista arvoa merkityksellisempää informaatiota saadaan tarkastelemalla korkean markkinaosuuden taustalla olevia kilpailuetuja. Yleensä kilpailuoikeudellisissa ratkaisuissa tarkastellaan juuri rakenteellisia seikkoja. Markkinarakenteesta ei voida kuitenkaan suoraan johtaa sitä, mitä markkinoilla tulee tapahtumaan. Tarkastelua on täydennettävä yritysten käyttäytymistä koskevalla analyysillä.

18 Hinnankorotus on yritykselle kannattava ainoastaan, mikäli kysyntä on epäelastista eli kauppakumppanit eivät voi jättää hyödykettä kokonaan ostamatta tai siirtyä korvaaviin hyödykkeisiin. Mikäli suhteellisesti suurempi osa asiakkaista vaihtaa toimittajaa kuin mitä hintojenkorotus tuo lisää rahaa yrityksen kassaan, kysyntä on epäelastista. Vaikka jokaisella yrityksellä juridisesti on oikeus päättää hinnoistaan, taloudellinen markkinavoiman käsite edellyttää sitä, että hinnankorotus on yritykselle itselleen kannattava. Hintamarginaalia koskevan lähestymistavan ongelmana on muun ohella se, että huomattavat voitot voivat johtua paitsi määräävästä asemasta, myös suuremmasta tehokkuudesta ja onnistuneista toimenpiteistä sen lisäämiseksi. Edellytetään myös dynaamista tarkastelua.

19 Ks. esim. Krattenmaker, Lande, Salop; Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law; 76 Geo. L.J. 241 (1987); kirjassa Revitalizing Antitrust in its Second Century s. 175–205.

.....

suljentaan.²⁰ Kilpailijoiden kustannuksia voidaan nostattaa joko hinnoittelua koskevien strategioiden tai oman tuotannon uudelleensuuntaamisen avulla. Määräävässä asemassa oleva yritys voi kohdistaa toimenpiteitä kilpailijaansa joko sitomalla asiakkaansa tiukasti itseensä tai kohdistamalla suoraan kilpailijaansa toimenpiteitä, joiden tarkoituksena on vahingoittaa tätä taloudellisesti tai nostaa kilpailijan kustannuksia.²¹

Määräävää asemaa tulee neljänneksi lähestyä *asiakkaan riippuvuuden näkökulmasta*. Suhteessa asiakkaisiin dominanssi ilmenee mahdollisuutena vaikuttaa määräävästi kauppakumppanin, asiakkaan tai tavarantoimittajan, toimintaan. Tyypillisimmillään määräävä markkina-asema ilmenee mahdollisuutena saada kauppakumppani hyväksymään itselleen epäedullinen ehto (esim. myyjän korkea tai ostajan alhainen kauppahinta). Jotta ehdon asettaminen on mahdollista, edellyttää se valtaa sanella tietty ehto noudatettavaksi. Tämä taas edellyttää, että syystä tai toisesta asiakas ei voi kääntyä kilpailevan toimittajan puoleen. Markkinavoimaa mitataan sen mukaan, mitä käytännön vaihtoehtoja kauppakumppanilla on.

Nykyiseen markkinatilanteeseen verrattuna avoimena olevan markkinan koko supistuu Hetlin markkinoille tulon myötä. Hetli Oy:n asemalla on myös vaikutusta TAHE-järjestelmäkenttään. Hetli on käynnistänyt TAHE-järjestelmäkilpailutuksen maakuntia varten. Maakunnille muodostuu käyttövelvoite järjestelmäkilpailutuksessa valittuun järjestelmään, jolloin myös konsortion palvelukeskukset ovat sidottuja maakuntien järjestelmämuutosten yhteydessä näihin. Järjestelmätoimittajien määrä markkinoilla vähenee, jolloin kilpailu ja kustannuspaine pienenee. Ajatuksena on, että keskittämällä saavutetaan tehokkuusetuja, mutta määräävän aseman syntyminen seurannaisvaikutukset on otettava asiassa huomioon.

Hetli Oy:lle saattaa syntyä määräävä markkina-asema maakuntalainsäädännön seurauksena. Tämän puolesta puhuu ensinnäkin markkinaosuus, joka on arvioitu noin 49 %:n suuruiseksi tilanteessa, jossa samoilla markkinoilla toimivien yritysten osuudet ovat pirstaleisia. Hetli Oy:llä on lakiin perustuva yksinoikeus, jota velvoittaa maakunnat ostamaan siltä TAHE-palveluita. Tämä yksinoikeus tuo sille merkittävän riippumattomuuden ja sillanpääaseman, joka ei ole haastettavissa muiden toimijoiden

20 Hintavaltaa (*power over price*) voidaan kutsua "klassiseksi" tai "Stiglerin markkinavoimaksi" ja mahdollisuutta sulkea kilpailijoita markkinoiden ulkopuolelle "Bainin markkinavoimaksi". Strategisen kilpailun teoria tutkii toimenpiteitä, joilla markkinavoimaa omaava yritys luo tai ylläpitää markkina-asemaansa estämällä kilpailijoiden toimintaa esimerkiksi nostamalla alalletulon kustannuksia (*raising rivals costs*). Konseptien kilpailuoikeudellisen merkityksen osalta ks. lähemmin esim. Kuoppamäki (2003) s. 270 ss.

21 Määräävässä asemassa oleva yritys voi sulkea kilpailijoitaan markkinoiden ulkopuolelle joko etukäteen estämällä etabloitumisen tai jälkikäteen ajamalla pienempiä kilpailijoita pois markkinoilta. Absoluuttisen poissuljennan ohella voidaan puhua suhteellisesta poissuljennasta silloin kun markkinoilta sulkeminen ei ole absoluuttista. Määräävässä asemassa oleva yritys esimerkiksi nostattaa kilpailijan kustannuksia (*raising rivals' costs*) tai saa uhkauksilla pienemmän kilpailijan luopumaan dominantin yrityksen aktiivisesta haastamisesta. Markkinavoimaa voidaan selvittää tällaisten strategisten kilpailukeinojen käyttämiseen liittyvän potentiaalin tai esiintymistiheyden avulla. Keskeinen selvittämisongelma liittyy "kilpailullisten" (*competitive*) ja "ei-kilpailullisten" (*anti-competitive*) kilpailukeinojen erottamiseen toisistaan. Tämän vuoksi on tärkeää, että strategista käyttäytymistä analysoidaan osana laajempaa analyysikehikkoa.

toimesta. Hetlille saattaa syntyä muitakin kilpailuetuja esimerkiksi järjestelmätoimistusten suuntaamisen ja niitä koskevien rajapintojen kautta.

4 Onko Hetli Oy yritys, johon sovelletaan EU:n kilpailusääntöjä?

EU:n kilpailusääntöjen keskeinen sovellutusedellytys on, että kyseessä on yritystoiminta. Yritystoiminnan käsitettä ei ole määritelty perussopimuksissa, vaan se on muotoiltu EU:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä. Peruslähtökohta on, että käsite ei riipu organisaation oikeudellisesta muodosta tai rahoituksesta vaan toiminnan luonteesta.

EU:n kilpailusäännöt mukaan lukien SEUT 102 artikla, SEUT 106 artikla ja valtiontukisäännöt soveltuvat taloudellista toimintaa harjoittavaan yksikköön. Taloudellisen toiminnan käsitettä ei määritellä tarkemmin Euroopan unionin toiminnasta annetussa sopimuksessa, vaan käsitteen sisältö on kehittynyt pitkälti oikeuskäytännössä. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan taloudellisesta toiminnasta on kyse, jos hyödykkeitä tarjotaan markkinoilla.²² Taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan rajanvetoon vaikuttavat oleellisesti tapauksen erityispiirteet. Julkisen vallan käyttäminen on selkeästi muuta kuin taloudellista toimintaa.²³ *Taloudellisen toiminnan käsite on muotoutunut EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kohtuullisen laajaksi.* Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kilpailuoikeudellisen yrityksen käsitteeseen kuuluvat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jossa tavaroita ja palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla. Myös voittoa tavoittelemattomat yksiköt voivat harjoittaa taloudellista toimintaa. Yksikön luokittelu yritykseksi liittyy aina tiettyyn toimintaan.

Kilpailuoikeudessa yrityksen käsitteen määrittely on *funktionaalinen*: yksikkö, joka harjoittaa sekä taloudellista että ei-taloudellista toimintaa, katsotaan yritykseksi ainoastaan taloudellisen toimintansa osalta. Taloudellinen toiminta kattaa unionin tuomioistuimen käytännön mukaan hyödykkeiden, eli tavaroiden ja pal-

22 Ks. esim. komissio vs. Italia, 118/85 kohta 7 sekä Pavlov, 180-184/98, kohdat 74 ja 75.

23 Ks. esim. Eurocontrol, asia C-364/92, kohdat 29-30. Sosiaaliturvan järjestäminen määrätyn edellytyksin (esim. Pouset ja Pistre, C-159/91 ja C-160/91 kohta 13 ja AOK Bundesverband, C-264/01), solidaarisuuden periaatteeseen nojautuva terveydenhuolto (Fenin T-319/99 kohdat 39 ja 40) samoin kuin julkisen varoin rahoitettu kansallinen koulutusjärjestelmä (komissio vs. Saksa, C-318/05, kohta 68) jäävät yleensä taloudellisen toiminnan käsitteen ulkopuolelle.

.....

veluiden tarjoamisen markkinoilla missä tahansa organisaatio- tai rahoitusmuodossa. Mikäli julkisyhteisön kanssa samaa palvelua tarjoavat myös yksityiset yritykset, viittaa tämä yleensä siihen, että kyse on taloudellisesta toiminnasta.²⁴ Toisaalta tietyissä tilanteissa julkisyhteisön toiminta voidaan katsoa taloudelliseksi toiminnaksi, vaikka sen kanssa samoilla markkinoilla ei olisikaan yksityisiä kilpailijoita, vaan merkitsevää on, voisivatko myös yksityiset harjoittaa samaa toimintaa.

Kuten edellä on todettu, *taloudellisen toiminnan käsitteen soveltamisala ei määräydy sen mukaan, millaisessa juridis-organisatorisessa yksikössä toimintaa harjoitetaan. Kilpailuoikeudellisen yleisperiaatteen mukaan ratkaisevaa on toiminnan taloudellinen sisältö ja vaikutukset, ei toiminnalle annettu taloudellinen muoto.* Tämä tarkoittaa hieman yksinkertaistaen sitä, että kilpailusääntöjä voidaan soveltaa soteen liittyvään liiketoimintaan siitä riippumatta, harjoitetaanko taloudellista toimintaa viranomaismuodossa, liikelaitoksena, julkisoikeudellisena laitoksena vaiko osakeyhtiönä. Käänteisesti kilpailuoikeutta ei sovelleta sotessa harjoitettuun viranomaistoimintaan tai siihen osaan toiminnasta, jossa pääpaino on solidaarisuuteen liittyvillä elementeillä. Toisin sanoen, kilpailusääntöjen yleinen sovellettavuus *ei* määräydy toiminnalle annetun *juridisen kuoren* vaan *toiminnan aineellisen sisällön* mukaan.

Sen sijaan kilpailusääntöjä ei sovelleta, kun valtio toimii julkisen vallan käyttäjänä tai kun julkisyhteisöt toimivat viranomaisen ominaisuudessaan. Yksikön voidaan katsoa toimivan julkisen vallan käyttäjänä, kun kyseessä oleva toiminta kuuluu valtion keskeisiin tehtäviin tai liittyy näihin tehtäviin luonteeltaan, tavoitteeltaan sekä siihen sovellettavilta säännöiltään.

EU:n kilpailusääntöjä ei siis sovelleta ei-taloudelliseen toimintaan. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan valtioneuvoston sääntöjä ei sovelleta, jos valtio toimii julkisen vallan käyttäjänä eli viranomaiset toimivat viranomaisen ominaisuudessa tai kun toiminta kuuluu valtion keskeisiin tehtäviin tai liittyy näihin tavoitteiltaan. Esimerkiksi ei-taloudellista toimintaa ovat armeijaan, poliisiin sekä ilma- ja meriliikenteen turvallisuuteen liittyvät tehtävät. Myös verovaroilla rahoitettu julkisyhteisön osa voi olla yritys EU-oikeuden merkityksessä, jos se harjoittaa taloudellista toimintaa. Taloudellisen toiminnan käsite puolestaan on määritelty oikeuskäytännössä kaikeksi toiminnaksi, jossa tavaroita tai palveluja tarjotaan markkinoilla.

Rajanveto taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan välillä on osoittautunut erityisen hankalaksi juuri *sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta*. Viime kädessä se riippuu siitä, miten jäsenvaltio on päättänyt järjestää nämä palvelut. Jäsenvaltioilla on alueella harkintavalta ja EU-oikeuden soveltuvuus riippuu niiden tekemistä poliittisista päätöksistä. Sosiaaliturvaa koskevassa oikeuskäytännössä keskeinen rajanveto on tehty

24 Ks. tältä osin esim. Fédération Française des Sociétés d'Assurance, C-244/94, Kok. 1995 s. I-4013 sekä Spanish International Courier Services, Euroopan komission päätös 90/456/EY.

solidaarisuuteen perustuvien järjestelmien ja taloudellisten järjestelmien välillä. Solidaarisuuden kannalta relevantteja piirteitä ovat esimerkiksi onko järjestelmän ainoana tavoitteena sosiaalisen tehtävän täyttäminen, onko se voittoa tavoittelematon ja onko se valtion valvonnassa.

Jos järjestelmässä on sekä taloudellisia että solidaarisuuteen perustuvia piirteitä, täytyy suorittaa kokonaisarvo. Terveystenhoitoa koskevassa oikeuskäytännössä solidaarisuuden käsite on myös ollut keskeisessä asemassa. Niinpä esimerkiksi valtion varoilla rahoitetut julkiset sairaalat, jotka tarjoavat ilmaiseksi yleisesti kattavia palveluja, eivät harjoita yritystoimintaa.

EU-tasolla terveydenhuoltojärjestelmissä on suuria eroja jäsenvaltioiden välillä. Järjestelmän kansalliset ominaispiirteet pitkälti määrittelevät, perustuuko järjestelmä markkinakilpailuun, jossa yritykset kilpailevat keskenään, vaiko viranomaistoimintaan ja solidaarisuuteen. Se, kilpailevatko terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat keskenään ja missä määrin, riippuu pitkälti kansallisista ominaispiirteistä. Joissakin jäsenvaltioissa julkiset sairaalat ovat olennainen osa kansallista terveydenhuoltoa ja perustuvat lähes kokonaan solidaarisuuden periaatteeseen. Tällaiset sairaalat rahoitetaan suoraan sosiaaliturvamaksuilla ja muilla valtion varoilla, ja ne tarjoavat yleisesti kattavia palveluja ilmaiseksi. Unionin tuomioistuimet ovat vahvistaneet, että organisaatiot, joilla on tällainen rakenne, eivät toimi yrityksinä.²⁵ Kyseisessä rakenteessa nekin toiminnot, jotka sinällään voisivat olla luonteeltaan taloudellisia mutta jotka suoritetaan pelkästään toisen, muun kuin taloudellisen palvelun tuottamiseksi, eivät ole luonteeltaan taloudellisia. Yksikkö, joka ostaa tavaroita – jopa suuressa mittakaavassa – muun kuin taloudellisen palvelun tarjoamiseksi, ei toimi yrityksenä pelkästään siitä syystä, että se on ostaja tietyillä markkinoilla.²⁶ Monissa muissa jäsenvaltioissa sairaalat ja muut terveydenhuoltopalvelujen tarjoajat tarjoavat palvelujaan potilaiden suoraan tai heidän vakuutusyhtiöidensä maksamaa korvausta vastaan.²⁷ Tällöin sairaaloiden välillä on jonkin verran kilpailua terveydenhuoltopalvelujen tarjonnassa. Tällaisessa tapauksessa se, että terveydenhuoltopalvelun tarjoaja on julkinen sairaala, ei riitä perusteeksi luokitella toiminta muuksi kuin taloudelliseksi. Unionin tuomioistuimet ovat myös selventäneet, että itsenäisten lääkäreiden ja muiden yksityisten ammatinharjoittajien omalla riskillään korvausta vastaan tarjoamia terveydenhuoltopalveluja on pidettävä taloudellisena toimintana.²⁸

25 Yhteisöjen ensimmäisen oikeusasteen tuomioistuimen tuomio 4.3.2003, FENIN, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, 39 kohta; ja yhteisöjen tuomioistuimen tuomio 11.7.2006, FENIN, C-205/03 P, ECLI:EU:C:2006:453, 25–28 kohta. Järjestelmän kokonaisluonteesta riippuen maksut, jotka kattavat pienen osan palvelun todellisista kustannuksista, eivät välttämättä vaikuta siihen, että palvelu luokitellaan muuksi kuin taloudelliseksi palveluksi.

26 Ks. FENIN, T-319/99, ECLI:EU:T:2003:50, 40 kohta.

27 Ks. esim. tuomiota Geraets-Smits ym., C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404, 53–58 kohta

28 Ks. esim. Pavlov ym., yhdistetyt asiat C-180/98–C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428, 75 ja 77 kohta.

.....

Nyt ehdotetussa sote-mallissa on sekä piirteitä, jotka puhuvat taloudellisen toiminnan puolesta, että sitä vastaan. Tavoitteena on mahdollistaa myös voittoa tavoittelevien yksityisten tahojen osallistuminen palvelujen tarjontaan kilpailussa muiden tarjoajien kanssa. Ei kuitenkaan ole selvää, tekisikö tämä vielä laista johtuvia sosiaalisia tehtäviä toteuttavista solidaarisuuteen perustuvista julkisista palveluntuottajista yrityksiä ainakaan kaikkien niiden tarjoamien palvelujen osalta, jos niiden toimintaa ei rahoitettaisi markkinamääräisillä korvauksilla ja jos ne eivät tavoittelisi voittoa. Pelkästään se seikka, että kansalaisilla on valinnanvapaus, ei automaattisesti tarkoita, että kyseessä on yritystoiminta. Eri osatekijät pitää systemaattisesti erotella ja niiden tärkeys punnita. Tällaista eriteltyä tarkastelua olennaisempaa on vielä havaita se, ettei sote-järjestelmä ole mikään monoliitti, vaan siihen kuuluu suuri joukko erilaisia osa-alueita, sekä sellaisia, joissa kyse selvästi ei ole elinkeinotoiminnasta, että sellaisia osa-alueita, joita selvästi voidaan pitää taloudellisenä toimintana ja kilpailusääntöjen piiriin kuuluvana.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan kilpailuoikeudellisen yrityksen käsitteeseen kuuluvat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta tai rahoitustavasta. Taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jossa tavaroita ja palveluja tarjotaan tietyillä markkinoilla. Myös voittoa tavoittelemattomat yksiköt voivat harjoittaa taloudellista toimintaa. Voidaan todeta, että Hetli Oy:n toiminta koostuu *tyypillisistä talous- ja henkilöstöhallinnon palveluista, joita tarjotaan vastaavalla tavalla myös yksityisten yritysten toimesta*. Hetlin toiminta ei ole viranomaistoimintaa. Hetli Oy:lle siirtyvät toiminnot ovat jo nykyään markkinoilla, kuten edellä olevasta kuvauksesta ilmenee.

EU-tuomioistuinten oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota myös siihen, harjoittavatko muutkin toimijat kuin ei-yritykset vastaavaa toimintaa, tai voisivatko ne sitä harjoittaa. On selvää, että *yksityisessä omistuksessa olevat yritykset harjoittavat hyvin laajasti vastaavanlaisia talous- ja henkilöstöhallinnon palveluita kuin Hetli Oy*.

Edellä mainitun perusteella katson, että *Hetli Oy:n toiminta täyttää luonteensa puolesta EU:n kilpailuoikeudessa tarkoitetun yrityksen tunnusmerkistön*. Tämä tarkoittaa, että Hetliin voidaan soveltaa esimerkiksi kilpailunrajoituksia koskevia sääntöjä, esimerkiksi SEUT 102 määrittävän aseman väärinkäyttökieltoa, minkä ohella sille myönnetty valtiontuet kuuluvat SEUT 107 artiklan alle. Hetli Oy:n asemasta yrityksenä syntyy myös Suomen valtiolle toimintavelvoitteita, joita käsitellään jäljempänä.

5 Hetli Oy:n yksinoikeuden arviointi SEUT 106 artiklan näkökulmasta

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT-sopimus) 106 artiklan 1 kohdan mukaan jäsenvaltiot eivät saa toteuttaa eivätkä pitää voimassa toimenpiteitä, jotka koskevat julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia, jotka ovat ristiriidassa sopimuksen kilpailusääntöjen kanssa. Artiklan 2 kohdan mukaan yrityksiin, jotka tuottavat yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja, sovelletaan sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja erityistehtäviä.

5.1 SEUT 106 artiklan keskeinen sisältö

EU-sopimuksen 106 (1)²⁹ kohta koskee jäsenvaltioiden toimenpiteitä, jotka liittyvät julkisiin yrityksiin tai yrityksiin, joille jäsenvaltiot myöntävät erityis- tai yksinoikeuksia. Artikla 106 koskee valtion toteuttamia kilpailuun vaikuttavia toimenpiteitä ja sen nojalla voidaan toteuttaa yleisen edun vaatimia välttämättömiä ja suhteellisuusperiaatteen mukaisia. Samalla SEUT artikla 106 (1) sekä Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen lojaliteettiperiaate (SEU4) velvoittavat jäsenvaltioita pidättäytymään kaikista toimista, jotka koskevat julkisia yrityksiä tai yrityksiä, joille jäsenvaltiot ovat myöntäneet erityis- tai yksinoikeuksia silloin, kun ne ovat unionin oikeuden vastaisia. SEUT 106 artiklan 2 kohta sisältää poikkeuksen artiklan 1 kohdan rajoituksille. Artiklan (2) kohdassa todetaan, että yleishyödyllisiä taloudellisia palveluita tuottaviin yrityksiin sekä fiskaalisiin monopoleihin sovelletaan pääsääntöisesti SEUT-sopimuksen määräyksiä ja varsinkin kilpailusääntöjä siltä osin, kuin ne eivät oikeudellisesti tai tosiasiallisesti estä yrityksiä hoitamasta niille uskottuja tehtäviä. Kyseisen artiklan mukaan kaupan kehitykseen ei saa vaikuttaa tavalla, joka olisi ristiriidassa unionin etujen kanssa. SEUT 106 (2) määrittää sen, missä tilanteissa kilpailusääntöjä sovelletaan myös yleishyödyllisiä taloudellisia palveluita tuottavien yritysten saamiin korvauksiin.

Hetli Oy:n perustamisen taustalla näyttää olleen ajatus, että kyse on ikään kuin ”valtiokonsernin sisäisestä järjestelystä”, jossa toimintoja siirretään kunnilta maakunnille. Kunnilla ei ole kilpailuttamisvelvollisuutta omana työnä tehtävien palveluiden osalta.

29 SEUT 106 (1) kohta: ”Jäsenvaltiot eivät toteuta eivätkä pidä voimassa mitään toimenpidettä, joka koskee julkisia yrityksiä, joille jäsenvaltiot myöntävät erityisoikeuksia tai yksinoikeuksia ja joka on ristiriidassa tämän sopimuksen, etenkin sen 18 ja 101-109 artiklan määräysten kanssa”.

Vastaavissa tilanteissa voidaan katsoa, ettei maakuntien palveluita tarvitsisi kilpailuttaa. Tämä lähestymistapa ei kuitenkaan näyttäisi aivan riittävältä. Kysymys on kilpailuoikeudellisesti monitahoisempi, sillä itse asiassa nykyisin kunnat voivat paitsi tuottaa henkilöstö- ja taloushallinnon palveluita omana työnään, myös ostaa mainittuja palveluita kuntien omistamilta sidosyksiköiltä tai yksityisiltä palveluyrityksiltä. Kuten edeltä ilmenee, näin ne myös enenevässä määrin toimivat.

Nykyisen sosiaali- ja terveystalouden palveluita koskevan järjestelmän voimassaolon aikana kuntien omistamat yhtiöt ja yksityiset palveluyritykset ovat luoneet taloudellisesti olennaisen asiakaskunnan näillä kilpailluilla markkinoilla. Päätöksellä heikennetään merkittävästi nykyistä kilpailua TAHE-palveluiden järjestämisestä, joilla kuntien omistamat yhtiöt yksityiset yritykset toimivat.

5.2 SEUT 106 ja SEUT 102 artikla

SEUT 106(1) artiklan vastaisuus edellyttää, että valtion toimenpide on ristiriidassa myös jonkin toisen SEUT:n määräyksen kanssa. SEUT 106 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu valtion toimenpide voi tulla tarkasteltavaksi esimerkiksi määräävän aseman väärinkäyttönä tilanteissa, joissa taloudellista toimintaa harjoittavalla yrityksellä on tai sille syntyy valtion myöntämän erityis- tai yksinoikeuden johdosta määräävä markkina-asema ja joissa valtion toimenpiteen johdosta yritys joutuu väistämättä toimimaan väärinkäyttökiellon vastaisesti tai että valtion toimenpiteestä seuraa määräävän aseman väärinkäyttöön rinnastettavia vaikutuksia. Lisäksi edellytetään, että väärinkäyttö on omiaan vaikuttamaan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Maakuntalain 119 § saattaa olla SEUT 106 artiklan vastainen, sillä se saattaa johtaa myöhemmin ristiriitaan SEUT 102 artiklan (määräävän markkina-aseman väärinkäytön kielto) kanssa. EU:n tuomioistuimen mukaan määräävässä markkina-asemassa oleva yritys rikkoo SEUT 102 artiklaa varatessaan itselleen toimintoja läheisellä markkinoilla ilman objektiivista perustetta, kun kyseiset toiminnot olisi järjestettävissä myös toisten yritysten toimesta. Myös määräävän markkina-aseman laajentaminen ilman objektiivista perustetta on sellaisenaan kielletty, kun laajentaminen on seurausta valtion toteuttamasta toimenpiteestä, joka johtaa kilpailun poistamiseen. Se voidaan määräävän aseman väärinkäytön riski osoittaa tässä tapauksessa, on jokseenkin avoin kysymys.

SEUT 106 (1) artiklan ja 102 artiklan muodostaman yhteisvaikutuksen vastaisena on oikeuskäytännössä pidetty esimerkiksi valtion toimenpiteitä, jotka ovat johtaneet syrjivään hinnoitteluun³⁰, kohtuuttomaan hinnoitteluun³¹ tai toimituksista kieltäytymiseen.³² Tapauksessa *Connect Austria* (C-462/99) yhteisöjen tuomioistuin katsoi

30 Ks. esim. *Corsica Ferries*, asia C-18/93 kohta 43.

31 *Asia Porto di Genova*, C -179/90 kohta 19.

32 *Asia Rödbyn satama*, komission päätös, EYVL [1994] L 94/55.

yhtäläisten kilpailumahdollisuuksien puuttumisen johtavan määräävän markkina-
aseman väärinkäyttämiseen ja SEUT 106 artiklan rikkomiseen. EU-tuomioistuimen
mukaan perustamissopimuksen mukainen vääristymätön kilpailu voidaan taata ai-
noastaan varmistamalla yhtäläiset mahdollisuudet taloudellisten toimijoiden välillä.
Jos talouden toimijoiden epäyhtäläiset mahdollisuudet, ja niin muodoin vääristynyt
kilpailu johtuvat valtion toimesta, tällainen toimi rikkoo SEUT 106 artiklan 1 kohtaa
ja SEUT 102 artiklaa.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä voidaan mainita kaksi tapausyyppiä. Ensinnäkin ongelmia saattaa liittyä *julkisen vallan ja liiketoiminnan kiellettyyn kumuloitumiseen*. Tällaisia tilanteita on oikeuskäytännössä saattanut syntyä esimerkiksi silloin, kun samassa organisaatiossa on ollut sekä viranomaistehtäviä ja että liiketoimintaa, jolloin viranomaissääntely on voinut vääristää kilpailua markkinoilla. Tässä tapauksessa ongelmallista on se, että Suomen valtio perustaa Hetli Oy:n, joka harjoittaa taloudellista toimintaa, ja tämän jälkeen säätää asetuksella, että maakuntien on hankittava talous- ja henkilöstöhallintoa koskevat palvelunsa juuri Hetli Oy:ltä. SEUT 106 artiklan vastaisena pidetään juuri tällaista *julkisen vallan ja taloudellisen toiminnan kumulaatiota*, jossa jäsenvaltio edistää omistamansa yrityksen liiketoimintaa säätämällä sille erityisiä yksinoikeuksia ja rajoittamalla samalla väistämättä kilpailevien, jo syntyneillä markkinoilla toimivien yritysten toimintamahdollisuuksia niillä alueilla, joita Hetli Oy:n yksinoikeus koskee.

Määräävän aseman väärinkäyttöä voi olla myös julkisiin yrityksiin liittyvä *ristisubventio*. Niin sanotulla ristisubventiolla tarkoitetaan sitä, että määräävässä asemassa oleva yritys siirtää hallitsemiltaan markkinoilta hankkimiaan monopolivoittoja toisella toimialalla omistamansa yrityksen käyttöön, jolloin viimeksi mainittu voi hinnoitella hyödykkeensä alta todellisten kustannusten. Ristisubventio on mahdollista erityisesti silloin, kun määräävä asema on suojattu julkisen vallan asettamien rajoituksien tai alallepääsyn esteet ovat muusta syystä korkeat. EU:n käytännössä ristisubventointiin on puututtu tilanteissa, joissa yrityksellä on monopoliasema ja erityisesti, milloin julkinen monopoliyritys pyrkii laajentamaan toimintaansa kilpailluille markkinoille monopolitoiminnasta saamiensa tuottojen avulla.³³ Tietyissä olosuhteissa ristisubventointi voi johtaa kilpailijoiden poissulkemiseen muilla kuin järjestelyn (mukaan lukien skaalaedut) tai suorituksen tehokkuuteen liittyvistä syistä.³⁴ Näissä tilanteissa ristisubventointia voidaan pitää määräävän aseman väärinkäyttönä.³⁵ Euroopan komissio totesi esimerkiksi tapauksessa *Deutsche Post AG*³⁶, että taloudelliselta kannalta tarkasteltuna kyse on ristiintukemisesta, kun 1) tietystä palvelusta saatavat tulot eivät riitä kattamaan kyseisestä palvelusta aiheutuvia erityisiä lisäkustannuksia (*incremental costs*) ja 2) on olemassa palvelu tai kokonainen liiketoiminta-ala, jonka tulot ylittävät

33 Ks. Faull/Nikpay (2007) s. 343.

34 Ks. tiedonannon kohta 3.1.

35 Ks. myös komission telemarkkinoita koskevia tiedonantoja, esim. EYVL 1998 L 141/6, tiedonannon kohta 3.

36 *Deutsche Post AG*, COMP/35.141, EY:n komission päätös 20.3.2001, EYVL 2001 L 125/27.

omat kustannukset. Ristiintukemisen lähteen tunnistaa omat kustannukset ylittävistä tuloista ja sen kohteen palvelukohtaiset lisäkustannukset alittavista tuloista.

Ristisubventoinnin käsite pitää sisällään poliittisesti arkaluontoisia jännitteitä. Yhtäältä vaarana on se, että julkisten monopoliyritysten laajentaessa toimintaa ne voivat vallata markkinoita monopolitoiminnasta saamallaan tuloilla. Toisaalta tarkastelussa on otettava huomioon, että julkista tehtävää hoitaville yrityksille on asetettu erityisiä velvoitteita (Daseinsfürsorge), joista johtuen ne eivät pysty kaikilta osin hinnoittelemaan palvelujaan puhtaan liiketaloudellisin perustein. Velvollisuudesta pitää yllä varakapasiteettia käytetään taloustieteessä käsitettä *carrier of last resort*. Näitä poliittisesti arkaluontoisia kysymyksiä liittyy soteen kosolti.

Toisaalta tapauksessa *Corbeau*³⁷ EU-tuomioistuin hyväksyi sen, että jäsenvaltiot kielivät postilaitoksen kanssa kilpailevan yrityksen alihinnoittelun tai epäivät toimiluvan, jos uusi yritys vapaana vähemmän kannattavista toimintamuodoista pyrki kilpailemaan kannattavilla sektoreilla tarjoamalla niillä halvempia palveluja ja vaarantaisi siten yleispalveluvelvoitteen täyttämisen. EU-oikeus ei siten estä ns. kermankuorintaan puuttumista asettamalla yleispalveluvelvoitetta turvaavia ehtoja. Nähtävissä on kuitenkin kehitys, jossa monopolitoimiala kapenee.

Tässä tapauksessa ristisubvention vaara on olemassa myös siitä jäljempänä käsiteltävästä syystä, että Hetli Oy saattaa saada valtiolta tukea, joka voi täyttää valtiontuen tunnusmerkistön.

5.3 SEUT 106 ja SEUT 56 artikla

SEUT 106 artiklan tunnusmerkistö saattaa täytyä myös yhdessä *SEUT 56 artiklan* kanssa. SEUT 56 artikkelissa säädetään *palveluiden vapaasta liikkuvuudesta*. SEUT 56 (1) artiklan mukaan rajoitukset, jotka koskevat muuhun jäsenvaltioon kuin palvelujen vastaanottajan valtioon sijoittautuneen jäsenvaltion kansalaisen vapautta tarjota palveluja unionissa ovat kiellettyjä. Saman artiklan mukaan palveluita ovat suoritukset, joista tavallisesti maksetaan korvaus ja joita määräykset tavaroiden, pääomien tai henkilöiden vapaasta liikkuvuudesta eivät koske. Palvelun maksullisuus tarkoittaa sitä, että esimerkiksi valtion tarjoama koulutus ei yleensä kuulu palvelukäsitteen alaan.

Palvelujen tarjoamisen vapaus käsittää oikeuden päästä sekä oleskella vapaasti toisen jäsenvaltion alueella palveluiden tarjoamiseksi sekä oikeuden tilapäiseen elinkeinonharjoittamiseen toisen jäsenvaltion alueella. Palveluiden tarjoamisen vapautta voidaan rajoittaa tietyin edellytyksin sisämarkkinoiden perusvapauksien rajoitusperusteiden, kuten oikeuttamisperusteiden tai pakottavien vaatimusten nojalla.

37 Asia C-320/91, Kok. 1993 s. I-2533.

Palveluiden vapaa liikkuvuus eroaa sijoittautumisoikeudesta siten, että palveluiden tarjoajan ei tarvitse asettautua toiseen jäsenvaltioon, vaan hän voi ainoastaan tarjota palveluja myös eri jäsenvaltion alueella. Tällöin palvelun tarjoajaan sovelletaan elinkeinonharjoittajan kotivaltion lainsäädäntöä, sillä taloudellisen toiminnan pääasiallinen keskus on muussa jäsenvaltiossa kuin siinä, missä palveluja tarjotaan. Palveluiden tarjoaja eroaa puolestaan työntekijästä itsenäisen asemansa puolesta.

SEUT 56 artiklan avoimuusperiaatteesta ja yhdenvertaista kohtelua koskevasta periaatteesta seuraa niin ikään rajoitteita Suomen valtion mahdollisuudelle rajoittaa talous- ja henkilöstöhallinnon palvelujen tarjoamista Suomessa. Palvelujen tarjoamisen vapaus näyttäisi rajoittuvan, sillä talous- ja hallintopalvelujen tarjoaminen määrätään perustettavan valtion monopolin eli Hetli Oy:n yksinoikeudeksi. Tämä rajoittaa muista EU-jäsenvaltioista olevien yritysten mahdollisuuksia tarjota soteen liittyviä TAHE-palveluja maakunnille. Ei ole myöskään mitenkään selvää, onko palveluiden tarjoamisen vapauden rajoittamiselle objektiivisesti perusteltuja syitä. Kyse on bulkkipalveluista, joita maakunnilla olisi hyvin saatavilla myös ilman Hetli Oy:n yksinoikeutta, eikä Hetlin yksinoikeutta voida pitää välttämättömänä TAHE-palvelujen laadun varmistamiseksi.

5.4 Arviointia

Euroopan unionin tuomioistuimessa on todettu SEUT 106 artiklassa tarkoitettujen erityis- tai yksinoikeuksien tarkoittavan oikeuksia, joita jäsenvaltion viranomaiset myöntävät yhdelle yritykselle tai rajoitetulle määrälle yrityksiä ja jotka ovat omiaan vaikuttamaan olennaisesti muiden yritysten kykyyn harjoittaa kyseistä taloudellista toimintaa samalla alueella olennaisesti samankaltaisilla ehdoilla.³⁸ Oikeuskäytännössä on katsottu näiden erityis- ja yksinoikeuksien ”yleisesti oikeuksia, joita jäsenvaltion viranomaiset myöntävät yhdelle yritykselle tai rajoitetulle määrälle yrityksiä arviointiperusteilla, jotka eivät ole objektiivisia, oikeasuhtaisia ja syrjimättömiä ja joilla vaikutetaan olennaisesti muiden yritysten kykyyn tarjota vastaavia palveluita, harjoittaa toimintaa niissä tai tarjota palveluja samalla alueella olennaisesti samankaltaisilla ehdoilla.”³⁹

Hetlin perustamisella rajoitetaan muiden yritysten mahdollisuuksia tarjota talous- ja henkilöstöpalveluja maakunnille. Vaikuttaa siltä, että Hetlille myönnettävät yksinoikeudet ovat SEUT 106 artiklassa tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia. Tämän vuoksi ehdotettuun malliin saattaa liittyä SEUT 106 artiklan soveltamiseen liittyviä ongelmia. Mahdollisia ovat esimerkiksi kilpailuoikeuden loukkaustilanteet, joissa rikotaan SEUT 106 artiklaa yhdessä SEUT 102 määräävän aseman väärinkäyttökiellon kanssa.

38 Asia C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, kohta 24.

39 Asia C-302/94, *British Telecommunications*, 34 kohta.

.....

Ehdotetulla sääntelyllä annettaisiin valtion ja kuntien kokonaan omistamalle Hetli Oy:lle tai sen tytäryhtiölle yksinoikeus tuottaa TAHE-palveluja. Kysymys olisi eräänlaisesta laissa asetetusta julkisesta palveluvelvoitteesta. Yksinoikeus tarkoittaisi tosiasiallista monopolitilannetta, koska lakiehdotus sisältäisi säännökset kysyntävelvoitteesta. Hetli Oy:llä olisi velvollisuus yksinoikeudella tuottaa talous- ja henkilöstöhallinnon palveluja käyttövelvoitteen kohteena oleville käyttäjäryhmille.

Hetlin tarjoamat palvelut muodostaisivat erityisen, tiettyyn käyttötarkoitukseen ja tietylle käyttäjäkunnalle tarkoitetun palvelujen kokonaisuuden, jonka sisältö ja laajuus sekä palvelutuotantoa koskeva yksinoikeus olisi määritelty ehdotetussa laissa hallinnollisesta, toiminnallisesta ja organisatorisesta näkökulmasta kohtuullisen tarkkarajaisesti. Sen sijaan on kyseenalaista, onko yksinoikeuden sisältö ja laajuus olisivat oikeassa suhteessa yhteiskunnan kohtuullisten intressien toteuttamisen kanssa. Tuki-palveluilla on toimivat markkinat ja toiminnan yhdenmukaisuusvaatimukset voidaan varmistaa lainsäädännöllä ja siihen perustuvalla standardisoinnilla.

Maakuntalain 119 § hankaloittaa muista EU-jäsenvaltioista tulevien yritysten pääsyä markkinoille, kun kannustimet aloittaa toiminta Suomessa heikkenevät. Sotea koskeva toiminta-ala ja alue muodostaa taloudellisesti merkittävän talous- ja henkilöstöhallinnon palveluiden osuudesta Suomessa, joten ulkomaisten toimijoiden markkinoille tulon kannalta syntyvillä kilpailuolosuhteilla on olennainen merkitys. Näin ollen myös *kauppavaikutuskriteerin* voidaan katsoa täyttyvän tässä tapauksessa. Asia voi tuntua vähämerkitykselliseltä tällä hetkellä, kun valtaosa sosiaali- ja terveyden terveydenhuollon palveluista tuotetaan joko omana työnä tai kuntien omistamien palveluyhtiöiden kautta. Tilanteen voidaan kuitenkin olettaa muuttuvan jatkossa soten myötä, jonka voidaan olettaa lisäävän ulkomaisten yritysten palvelutuotantoa Suomessa.

Yksinoikeuden myöntäminen on oikeutettua, jos se täyttää SEUT 106(2) artiklan poikkeussäännön vaatimukset. Jäsenvaltiot voivat myöntää yrityksille erityis- ja yksinoikeuksia SEUT 106 artiklan nojalla sellaisten SEUT 14 artiklan mukaisten yleishyödyllisten palveluiden osalta, joiden tuottaminen kansalaisille tai yrityksille muuten vaarantuisi ja joita markkinamekanismi ei pysty halutulla tavalla tuottamaan tehokkaasti. SEUT 106(2) artiklan poikkeussääntö tulisi sovellettavaksi tilanteessa, jossa jäsenvaltio katsoisi, että jokin palvelu on yleishyödyllinen ja että markkinat eivät tarjoa palvelua tyydyttävällä tavalla, ja siten valtion viranomaiset hankkisivat palveluita myöntämällä esimerkiksi tietylle yritykselle yksinoikeuden kyseessä olevalla sektorilla.

Sosiaali- ja terveydenhuolto voidaan katsoa yleishyödylliseksi taloudelliseksi palveluksi. Hetli Oy:lle ei ole kuitenkaan ollut välttämätöntä luoda yksinoikeutta maakuntien talous ja henkilöstöhallinnon palveluiden järjestämiseen, koska kyseistä palvelua on hoidettu tyydyttävällä ja toimivalla tavalla kuntien, sidosyksiköiden ja yksityisten palveluyritysten välisin sopimuksin. Näin ollen edellytykset SEUT 106(2) artiklan

soveltamiselle eivät näyttäisi täyttyvän, tai ainakaan näitä syitä ei ole tuotu riittävästi esille maakuntalakeja koskevissa hallituksen esityksissä.

Hetli Oy:n yksinoikeudesta johtuva rajoitus ei näyttäisi täyttyvän myöskään suhteellisuusperiaatteen vaatimuksia. Suhteellisuusperiaatteen mukaan kilpailunrajoituksen on oltava oikeassa suhteessa saavutettavaan etuun, eli palvelun turvaamiseen nähden. Mikään ei viittaa siihen, etteikö talous- ja henkilöstöpalveluiden tuottaminen voisi toimia maakunnissa myös sillä tavoin, että maakunnilla olisi toimintavapaus palveluiden järjestämisessä tai että TAHE-palveluiden laatu vaarantuisi ilman esitetyn mukaista yksinoikeuden luomista ja jota markkinamekanismi ei pystyisi halutulla tavalla tuottamaan tehokkaasti. Asiassa on otettava myös huomioon, että kuntien TAHE-palveluissa on syntynyt markkinakilpailua, joka valtion toimenpitein nyt poistuisi.

5.5 SGEI-palveluja koskevat periaatteet

SEUT 106 artiklalla on liittymäkohtia myös SEUT 107 ja 108 artiklan mukaiseen valtiontukisääntelyyn. Asiaa käsitellään koherenssin vuoksi tässä, vaikka valtiontukia käsitellään laajemmin tämän selvityksen luvussa 7.

SEUT 106 artikla sallii tietyin rajaehdoin sen, että liiketoimintaa harjoittaville yrityksille annetaan julkista tukea sellaisten tehtävien hoitamiseksi, jotka eivät ole liikeloudellisesti kannattavia. Yleishyödyllisen taloudellisen palvelun (SGEI-palvelu) käsitettä ei ole täsmällisesti määritelty EU:n perussopimuksissa tai sen nojalla annetuissa säännöksissä.⁴⁰ Jäsenvaltioilla on toimivalta määritellä SGEI-palvelut ja antaa niihin kuuluvia erityis- ja yksinoikeuksia, mutta kilpailua rajoittavia toimia ei saa ulottaa niitä koskevien erityistehtävien ulkopuolelle. Kilpailusääntöjen soveltaminen ei tarkoita sitä, että viranomaisen olisi poistettava palveluntuottajille jo myönnettyjä erityis- ja yksinoikeuksia, jotka ovat välttämättömiä ja oikeasuhtaisia. Tällaisia oikeuksia voidaan siis antaa, jos ne eivät ylitä sitä, mikä on välttämätöntä yleishyödyllisten tehtävien hoitamiseksi tyydyttävissä taloudellisissa olosuhteissa. Toimeksiantannon antaminen edellyttää viranomaisen aktiivista toimintaa, käytännössä yksilöityä toimeksiantoa. Jos yritys tuottaa palvelua ilman viranomaisen toimeksiantoa, se ei voi vedota SEUT (106) 2 poikkeukseen. EU-tuomioistuimien on todennut, että yleishyödylliset taloudelliset palvelut ovat palveluja, joilla on muusta taloudellisesta toiminnasta

40 Yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun eli yleishyödyllisen taloudellisen palvelun (service of general economic interest, SGEI) käsitettä käytetään SEUT-sopimuksen 14 artiklassa ja 106 artiklan 2 kohdassa sekä pöytäkirjassa N:o 26, mutta sitä ei määritellä SEUT-sopimuksessa eikä edes sekundäärilainsäädännössä eli johdetussa oikeudessa. SGEI-käsitteen sisällöstä ja rajoista saadaan kuitenkin viitteitä EU-tuomioistuimen oikeuskäytännöstä, jota on käsitelty edellä. Komission määritelmän mukaan yleishyödylliset taloudelliset palvelut ovat yhteistä kokonaisuutta palvelevia taloudellisia toimintoja, joita markkinat eivät suorittaisi (tai jotka markkinat suorittaisivat erilaisin objektiiviseen laatuun, turvallisuuteen, kohtuulliseen hintaan, yhdenvertaiseen kohteluun tai yleiseen saatavuuteen liittyvin ehdoin) ilman julkisia toimia. Julkisen palvelun velvoite asetetaan palveluntarjoajalle toimeksiantona ja käyttäen yleishyödyllisyyden perustetta, jolla varmistetaan, että palvelu tarjotaan ehdoin, jotka mahdollistavat tehtävän täyttämisen.

poikkeavia erityispiirteitä.⁴¹

SEUT 106 artiklan 2 kohdan mukaan yleishyödyllisten taloudellisten palvelujen toteuttamiseksi voidaan antaa julkista rahoitusta valtiontukisäännösten estämättä, mikäli korvaus ei ylitä lisävelvoitteiden aiheuttamia kustannuksia. Tämä varmistetaan asettamalla yleisiin taloudellisiin palveluihin liittyvät velvoitteet.

5.5.1 Altmark-kriteerit

EU-tuomioistuimien vahvasti tunnetussa Altmark-tuomiossaan⁴² seuraavat neljä kumulatiivista kriteeriä, joiden täyttyessä yritykselle maksettava korvaus palvelun tuottamisesta ei ole lainkaan SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea:

- 1) Julkisen palvelun velvoite: palveluntuottajan tehtäväksi on tosiasiallisesti annettava julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on määriteltävä selvästi.
- 2) Ennalta määrätty korvaus: perusteet, joiden perusteella korvaus lasketaan, on etukäteen vahvistettava objektiivisesti ja läpinäkyvästi.
- 3) Ylikompensaatiokiello: korvaus ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen, jotta voidaan kattaa kaikki ne kustannukset tai osa kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen edellyttää. Korvausta laskettaessa on huomioitava po. palvelusta saatavat tulot ja kyseisten velvoitteiden täyttämisestä saatava kohtuullinen voitto.⁴³
- 4) Palveluntuottajan valintamenettely: palveluntuottaja on valittava julkisia hankintoja koskevassa menettelyssä, jossa voidaan se palveluntuottaja, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmin

⁴¹ Asia C-179/90, *Merci convenzionali porto di Genova*, tuomio 10.12.1991, Kok., s. I-5889, 27 kohta; asia C-242/95, *GT-Link A/S*, tuomio 17.7.1997, Kok., s. I-4449, 53 kohta; ja asia C-266/96, *Corsica Ferries France SA*, tuomio 18.6.1998, Kok., s. I-3949, 45 kohta.

⁴² Asia C-280/00, *Altmark Trans*, 88–93 kohdat, tuomio 24.7.2003, Kok. 2003, s. I-7810.

⁴³ Kohtuullisella voitolla tarkoitetaan sisäistä korkokantaa eli IRR (internal rate of return), joka on yksi tunnusluku, jolla yritys voi mitata investoinnin kannattavuutta.

kustannuksin tai vertailusta hyvin johdetun ja vastaavankaltaisia palveluja tuottamaan kykenevälle keskivertoyritykseen (ns. tehokkuustesti).⁴⁴

Euroopan komission SGEI-palveluita koskevan tiedonannon (2012/C 8/03) 19 kohdassa todetaan, että tuki katsotaan sisämarkkinoille soveltuvaksi SEUT-sopimuksen 106 artiklan 2 kohdan perusteella ainoastaan silloin, kun vastuullinen viranomainen on noudattanut tai sitoutuu noudattamaan sovellettavia julkisia hankintoja koskevia unionin sääntöjä, kun se antaa palvelun tuottamisen kyseisen yrityksen tehtäväksi. Niihin sisältyvät kaikki avoimuutta ja tasavertaista ja syrjimätöntä kohtelua koskevat vaatimukset, jotka ovat seurausta suoraan SEUT-sopimuksesta ja mahdollisesti unionin sekundäärilainsäädännöstä. Tuen, joka ei ole näiden sääntöjen ja vaatimusten mukainen, katsotaan vaikuttavan kaupan kehitykseen tavalla, joka olisi ristiriidassa unionin etujen kanssa SEUT-sopimuksen 106 artiklan 2 kohdassa tarkoitettulla tavalla, joskin, kuten Altmark-tuomiosta ilmenee, muitakin tapoja kuitenkin on.⁴⁵ Jos

44 Kyseisiin kumulatiivisiin edellytyksiin on viitattu myös Euroopan komission päätöksen 2012/21/EU 4 kohdassa sekä aikaisemmassa Euroopan komission päätöksessä (2005/842/EY) EY:n perustamissopimuksen 86 artiklan 2 kohdan määräysten soveltamisesta tietyille yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyviä palveluja tuottaville yrityksille korvauksena julkisista palveluista myönnettävään valtiontukeen. Edellytysten mukaan ensinnäkin edunsaajayrityksen tehtäväksi on tosiasiaassa annettava julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen ja nämä velvoitteet on määriteltävä selvästi. Toiseksi ne parametrit, joiden perusteella korvaus lasketaan, on etukäteen vahvistettava objektiivisesti ja läpinäkyvästi. Kolmanneksi, korvaus ei saa ylittää sitä, mikä on tarpeen, jotta voidaan kattaa kaikki ne kustannukset tai osa niistä kustannuksista, joita julkisen palvelun velvoitteiden täyttäminen aiheuttaa, kun otetaan huomioon kyseisestä toiminnasta saadut tulot ja kohtuullinen voitto. Neljänneksi silloin, kun julkisen palvelun velvoitteiden täyttämistä vastaavaa yritystä ei tietyssä konkreettisesti tapauksessa valita sellaisessa julkisissa hankintoja koskevassa menettelyssä, jossa on mahdollista valita se ehdokas, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmin kustannuksin, tarvittavan korvauksen taso on määriteltävä tarkastelemalla sellaisia kustannuksia, joita hyvin johdetulle ja asetettujen julkisen palvelun velvoitteiden täyttämisen kannalta riittävillä välineillä varustetulle keskivertoyritykselle aiheutuisi kyseisten velvoitteiden täyttämistä. Myös Euroopan komission tiedonannon (2012/C 8/02) 62 kohdassa on viitattu neljanteen Altmark-edellytykseen. Euroopan komissio on tiedonantonsa (2012/C 8/03) 56 kohdassa lausunut seuraavaa: ”Tarkempaa arviointia edellyttävä tilanne voi syntyä myös silloin, kun jäsenvaltio antaa ilman kilpailumenettelyä julkisen palvelun tarjoajalle tehtäväksi yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvän palvelun tuottamisen varaamattomilla markkinoilla, joilla jo tuotetaan hyvin samankaltaisia palveluja tai niitä odotetaan tuotettavan lähitulevaisuudessa ilman yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvää palvelua. Tällaiset kielteiset vaikutukset kaupan kehitykseen voivat olla selvempiä, kun yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvää palvelua on tarkoitus tarjota hintaan, joka on alhaisempi kuin todellisten tai mahdollisten palveluntarjoajien kustannukset, jolloin seurauksena on markkinoiden sulkeminen. Vaikka komissio kunnioittaa täysin jäsenvaltion laajaa harkintavaltaa määritellä yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu, se voi tästä syystä vaatia muutoksia esimerkiksi tuen jakamiseen, jos se voi kohtuudella osoittaa, että sama yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvä palvelu olisi mahdollista tuottaa sellaisilla hinnoilla, jotka ovat käyttäjien kannalta samankaltaiset, vähemmän kilpailua vääristävällä tavalla ja alhaisemmillä kustannuksilla valtiolle.”

45 Selkein ja kilpailuoikeudellisesti turvallinen tapa täyttää Altmarkin neljäs kriteeri kuitenkin on järjestää hankintalain mukainen tarjouskilpailu. On myös huomattava, että valtiontukisääntely ja julkisia hankintoja koskeva sääntely menevät lomittain, ja yrityksen tulee täyttää kummastakin lainsäädännöstä seuraavat velvoitteensa. Myös silloin, kun viranomaisella ei ole lakisäateistä velvollisuutta käyttää hankintalain mukaista menettelyä sen käyttäminen on siten hyvä keino vertailla erilaisia toteuttamiskelpoisia tarjouksia ja asettaa korvaustaso siten, että tuen mahdollisuus suljetaan pois. Menettelyllisesti avoimen hankintamenettelyn lisäksi myös rajoitettu menettely voi täyttää Altmarkin neljännen kriteerin, ellei rajoitetussa menettelyssä estetä kiinnostuneita toimijoita tarjoamaan ilman pätevää syytä. Mikäli palveluntuottajaa ei valita sellaisessa julkisissa hankintoja koskevassa menettelyssä, joka kykenee tuottamaan kyseiset palvelut julkisyhteisön kannalta vähäisimmin kustannuksin, kustannusten taso tulee määritellä vertaamalla niitä siihen, mitä hyvin johdetun vastaavanlaisia palveluita tuottamaan kykenevälle keskivertoyritykselle koituisi ko. velvoitteiden täyttämistä.

.....

palveluntuottajaa ei valita Altmarkin neljännen kriteerin mukaisella hankintalain mukaisella menettelyllä, viranomaisen on suoritettava ns. tehokkuustesti.⁴⁶ Tällöin viranomaisen on määriteltävä korvauksen määrä hyvin hoidetun ja riittävästi varustetun keskivertoyrityksen kustannuksista tehdyn analyysin pohjalta.⁴⁷

5.5.2 SGEI-sääntöjen soveltamisesta

SGEI-järjestelyn käytännön toteuttaminen edellyttää kohtuullisen yksityiskohtaisen sääntelyn noudattamista esimerkiksi toimeksiannon yksilöinnin ja ylikompensaatiokiellon osalta. Tätä kuvastaa hyvin unionin yleisen tuomioistuimen 7.12.2012 antama tuomio asiassa T-137/10⁴⁸, jossa tuomioistuin kumosi komission myönteisen päätöksen maksettujen korvausten hyväksyttävyydestä sisämarkkinoille. Tuomioistuin katsoi muun muassa, ettei komissio itse ollut arvioinut oikein SGEItä koskevan toimeksiannon yksilöintiä sekä korvausten määrittelyyn liittyviä vaatimuksia.

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (SEUT) valtioneuvostokirjoitusten ja yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palveluiden toteuttamisesta maksettavien korvausten väliseen suhteeseen on viime vuosina liittynyt erilaisia tulkintoja ja myös

46 Tehokkuustestin tavoitteena on varmistaa, ettei vertailukohdaksi oteta tehottoman yrityksen korkeita kustannuksia. ”Hyvin johdetulle keskivertoyrityksille” ei ole virallista määritelmää, vaan jäsenvaltioiden olisi sovellettava objektiivisia arviointiperusteita. ”Hyvin johdetun yrityksen” käsitteeseen sisältyy muun muassa se, että yritys noudattaa kansallisia, unionin ja kansainvälisiä tilinpäätösstandardeja. Jäsenvaltiot voivat käyttää myös oman analyysinsä perustana muun muassa tuottavuutta kuvaavia analyttisiä suhdelukuja. Esimerkiksi liikevaihtoa suhteessa sijoitettuun pääomaan, kokonaiskustannuksia suhteessa liikevaihtoon, liikevaihto tai arvonlisä työntekijää kohden tai henkilöstökustannukset suhteessa arvonlisään. Myös analyttisiä suhdelukuja, jotka koskevat palvelutarjonnan laatua suhteessa käyttäjän odotuksiin, voidaan käyttää. SGEI-palveluita tarjoava yritys, joka ei täytä jäsenvaltion itse vahvistamia laadullisia arviointiperusteita, ei ole ”hyvin johdettu yritys”, vaikka sen kustannukset olisivat alhaiset. Tehokkuustestissä ei voida tehdä kustannusvertailua sellaisen yrityksen kustannuksiin, jolla on monopoliasema. Jos viranomainen pystyy osoittamaan, että SGEI-palvelua tuottavan yrityksen kustannusrakenne vastaa tarkasteltavalla alalla toimivan tehokkaan ja vertailukelpoisen yrityksen keskimääräistä kustannusrakennetta, korvauksen määrä täyttää Altmarkin neljännen kriteerin. Altmark-kriteerien täyttymistä on yleisesti pidetty haasteellisenä. Arvioitaessa SGEI-palveluun maksettavan korvauksen suhdetta EU:n valtioneuvostokirjoitukseen, viranomaisten olisi kuitenkin aina ensin arvioitava, täyttyvätkö kyseiset kriteerit.

47 Jos tietylle palvelulle on olemassa yleisesti hyväksytty markkinakorvaus, korvaus antaa parhaimman vertailukohdan ilman tarjouskilpailua maksettavaa korvausta. Jos markkinahintaa ei ole olemassa, korvaus on määriteltävä tarkastelemalla kustannuksia, joita hyvin johdetulle keskivertoyrityksille aiheutuisi julkisen palvelun velvoitteiden täyttämistä.

48 Belgian julkisten sairaaloiden rahoituksesta oli kyse tapauksessa T-137/10 Coordination bruxelloise d’institutions sociales et de santé (CBI) vastaan komissio, EU:n yleisen tuomioistuimen päätös 7.11.2012. <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=129382&doclang=FI>

EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö on ollut varsin horjuvaa.⁴⁹ Lisäksi vaikka SGEI:tä koskeva EU:n valtiontukisääntely tulee sovellettavaksi vain tilanteissa, joissa palveluntuottajalle maksetaan julkisista varoista korvaus SGEI-palvelun tuottamiseksi, viranomaisen on tarkasteltava suunniteltavaa järjestelyä kokonaisuutena ja kysyttävä, onko suunniteltu järjestely linjassa myös kilpailua ja julkisia hankintoja koskevan sääntelyn näkökulmasta.⁵⁰

SEUT 14 artikla antaa sinänsä jäsenvaltioille kohtuullisen laajan toimivallan sen suhteen, mitä palveluja määrätään SGEI-palveluiksi. Tämä myös riippuu kansallisista ja alueellisista olosuhteista. Komissio käsittelee SGEI-palveluista annetussa tie-

49 Komission näkemyksenä oli pitkään se, että jäsenvaltioiden rahoitus SGEI-palveluita tarjoaville yrityksille ei ole SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontukea. Komission tulkinnan edellytyksenä kuitenkin oli, että julkinen sektori korvaa ainoastaan asettamansa julkisen palvelun velvoitteen aiheuttamat ylimääräiset kustannukset. Tilanne muuttui vuonna 1997, jolloin Euroopan unionin yleinen tuomioistuin antoi tuomionsa asioissa FFSA (asia T-106/95, 27.2.1997) ja SIC (asia T-46/97, 10.5.2000). Näissä tuomioissa todetaan: ”se, että viranomaiset myöntävät yritykselle taloudellisen edun korvataksaan kustannukset, joita kyseiselle yritykselle väitetään aiheutuvan julkisen palvelun velvoitteista, ei estä pitämästä tätä toimenpidettä perustamissopimuksen 87. artiklan 1. kohdassa tarkoitettuna tukena.” Tulkinta oli varsin ongelmallinen perinteisten valtiontukien menettelytapojen näkökulmasta. Päätöksestä seurasi, että kaikki julkinen rahoitus, joka maksetaan korvauksena palvelun tuottamisesta, on valtiontukea 107(1) artiklan merkityksessä. Rahoitus tuli näin ollen ilmoittaa komissiolle ennakoon 108(3) artiklan mukaisesti. Euroopan unionin tuomioistuimen päätös Ferring (C-53/00) marraskuulta 2001 palautti tilanteen ennalleen. Tuomiossa todetaan, että kun verovapautus myönnetään yleishyödyllisiä palveluja tarjoavalle yritykselle vain julkisen palvelun velvoitteesta aiheutuvien lisäkustannusten korvaamiseen, tuensaajayritykset eivät saa 107(1) artiklassa tarkoitettua etua, eikä kyseinen toimenpide ole valtiontukea. Valtiontukena pidetään sen sijaan verovapautusta, joka ylittää julkisen palvelun tehtävän täyttämisen edellyttämän määrän. Näin tulkinta palautui ennen vuotta 1997 vallinneen tilanteen mukaiseksi. Unionin tuomioistuimen Altmark Trans –päätös (C-280/00) täsmensi Ferringissä todettua rahoituksen kaksoisluonnetta. Altmark Trans määritteli yksityiskohtaiset, joskin tulkinnanvaraiset kriteerit, joiden täytyttyä julkisen palvelun velvoitteen toteuttamisesta maksettu korvaus ei ole valtiontukea, ja on siten sellaisenaan yhteismarkkinoille soveltuvaa, eikä sitä tarvitse ilmoittaa komissiolle ennakoon. Mikäli kriteerit eivät täyty, kyseessä on valtiontuki. (ks. komission sääntöpaketti) Unionin yleisen tuomioistuimen ratkaisemassa BUPA-tapauksessa (T-289/03) sovellettiin Altmark-kriteeristöä lievemmin kuin unionin muussa oikeuskäytännössä.

50 Komissio uudisti vuonna 2012 SGEI-palveluita koskevan ohjeistuksensa. EU:n uudistettu SGEI-sääntely koostuu seuraavista neljästä dokumentista: 1) Yleinen SGEI tiedonanto (2012/C 8/02, EUVL C8/2012) on uusi tiedonanto, jonka ydinsisältönä SGEIhin liittyvien käsitteiden kokoaminen ja selventäminen, mukaan lukien taloudellinen ja ei taloudellinen toiminta sekä Altmark-kriteereiden soveltaminen ja täsmentäminen. 2) Komission SGEI-päätös (2012/21/ EU, EUVL L7/2012). Uudistetussa päätöksessä ”pienet ja keskisuuret SGEI järjestelyt” on vapautettu komission ennakkoilmoitusvelvollisuudesta ja viranomaisen voi myöntää päätöksen mukaisen tuen välittömästi. Jäsenvaltioiden on kahden vuoden välein toimitettava komissiolle kertomus eli ns. maaraportti komission päätöksen soveltamisesta. Jäsenmailta saatavien raporttien yhdenmukaisuuden turvaamiseksi päätöksessä määritellään entistä tarkemmin toimitettavan maaraportin sisältö. Komission SGEI-päätös on jäsenmaissa suoraan sovellettavissa olevaa oikeutta. 3) Komission SGEI-puitteet (2012/C8/02, EUVL C 8/2012). Uudistettuja puitteita sovelletaan ”isoihin SGEI järjestelyihin” silloin, kun kohdassa 2 mainittua SGEI päätöstä ei voida soveltaa ja järjestely on notifiointi komissiolle. 4) SGEI de minimis-tuki -asetus (360/2012, EUVL L114/2012). Kyseessä on asetus, joka koskee vain SGEI- palveluntuottajalle maksettavaa de minimis -tukea, joka voi olla yhdelle yritykselle enintään 500 000 euroa kolmen verovuoden aikana. Tähän enimmäismäärään lasketaan mukaan kaikkien viranomaisten myöntämät SGEI de minimis -tuet. SGEI-palvelun tuottamiseksi on annettava palveluntuottajalle kirjallinen toimeksianto. Tukea ei tarvitse etukäteen ilmoittaa eikä raportoida komissiolle. Yksittäistä tukea koskevat asiakirjat on säilytettävä kymmenen verovuoden ajan tuen myöntämispäivästä. Komission SGEI de minimis-tuki asetus on jäsenvaltioissa suoraan sovellettavissa olevaa oikeutta.

donannossaan kysymystä siitä, missä markkinaolosuhteissa jäsenvaltio ylipäänsä voi määritellä palvelun SGEI-palveluksi ottaen huomioon kuitenkin SEUT 14 artiklan jäsenvaltioille antaman laajan harkintavallan. Tiedonannon kohdassa 48 todetaan:

”Komissio katsoo, ettei olisi asianmukaista asettaa erityisiä julkisen palvelun palveluita sellaiselle toiminnalle, jota tavanomaisesti markkinoilla sovellettavien ehtojen mukaisesti toimivat yritykset jo harjoittavat tai voivat harjoittaa tyydyttävästi ja yleisen edun mukaisilla ehdoilla, jotka valtio määrittää. Tällaisia ehtoja ovat esimerkiksi hinta, objektiiviset laatuominaisuudet, jatkuvuus ja palvelun saatavuus (ks. viittaus 81). Markkinoiden toimivuuden/toimimattomuuden osalta komissio voi arvioinnissaan vain tarkistaa, onko jäsenvaltio tehnyt ilmeisen virheen.”

Palvelun luokittelu SGEI-palveluksi ei merkitse sitä, että palvelu voitaisiin esimerkiksi jättää kilpailuttamatta.⁵¹ Tällä hetkellä merkittävä osa yleishyödyllisistä taloudellisista palveluista tuotetaan omana työnä tai ostopalveluna noudattaen hankintalainsäädännön kilpailuttamismenettelyjä.

On vaikea nähdä, että talous- ja henkilöstöpalveluiden myymistä maakunnille voitaisiin pitää SGEI-palveluna. Samoja palveluita tarjoavat myös markkinoilla toimivat yksityiset palveluyritykset.

5.6 Yhteenveto

Hetli Oy:n perustamisella rajoitetaan muiden yritysten mahdollisuuksia tarjota talous- ja henkilöstöhallintopalveluja kuntien sijaan tuleville maakunnille. Vaikuttaa siltä, että Hetlille myönnettävät yksinoikeudet ovat SEUT 106 artiklassa tarkoitettuja erityis- tai yksinoikeuksia. Tämän vuoksi ehdotettuun malliin saattaa liittyä SEUT 106 artiklan soveltamiseen liittyviä ongelmia. Tällöin mahdollisia ovat esimerkiksi kilpailuoikeuden loukkaustilanteet, joissa rikotaan SEUT 106 artiklaa yhdessä SEUT 102 määräävän aseman väärinkäyttökiellon kanssa. SEUT 106 artikla saattaa aktualisoitua määräävän aseman väärinkäyttökiellon kautta ristisubventoinnin kautta. Toisaalta lainsäädännöllä luotua yksinostovelvoitetta voidaan pitää ongelmallisena,

51 Mainittakoon, että korkein hallinto-oikeus totesi vuosikirjaratkaisussa 2013:53, että hankintalaki ei sisällä erityistä poikkeussäännöstä, jonka nojalla esillä olleessa asiassa tarkoitettu mainitun lain liitteen B mukainen toissijainen palveluhankinta olisi voinut jäädä hankintalaissa säädettyjen kilpailuttamista koskevien menettelytapojen soveltamisalan ulkopuolelle sen vuoksi, että kysymys oli julkisesta palveluvelvoitteesta (SGEI-palvelu). Tapauksessa Helsingin kaupungin sosiaalivirasto oli julkisista hankinnoista annetun lain (hankintalaki) mukaisena hankintayksikkönä päättänyt hankkia kolmansilta osapuolilta pitkäaikaisasunnottomien asumispalveluita julkisena palveluvelvoitteena (SGEI) kilpailuttamatta sitä mainitun lain mukaisesti. Hankintalaissa säännellään hankintadirektiiviä (2004/18/EY) laajemmin toissijaisten palveluhankintojen ilmoittamisvelvollisuudesta ja kilpailuttamisesta. Kaupungin sosiaaliviraston katsottiin menettelleen hankintalain vastaisesti, kun se ei ollut kilpailuttanut pitkäaikaisasunnottomien asumispalveluja hankintalain mukaisesti. KHO:2013:53, 28.3.2013, T 1074.

sillä SEUT 102 artiklan nojalla määräävässä asemassa oleva yritys ei saisi vaatia asiakkaitaan ostamaan palveluja yksin siltä ainakaan ilman erityisiä syitä. SEUT 106 artiklan näkökulmasta ongelmallisena voidaan pitää myös rakennetta, jossa valtio siirtää lainsäädännöllä markkinoilla tapahtuvaa tarjontaa itselleen maakuntalain ja asetusten perusteella, sillä menettelytavassa menevät kielletyllä tavalla sekaisin julkisen vallan käyttö ja Hetli Oy:n liiketoiminta, jota lainsäädännön avulla luodulla yksinoikeudella avitetaan. Näitä ongelmia ei ole omiaan vähentämään se, että yksinostovelvoitteen luomiselle on osoitettavassa vain heikot taloudelliset perusteet, mistä syystä luotavaksi esitettyä rakennetta ei voida luonnehtia suhteellisuusperiaatteen mukaiseksi. Viimein on kiinnitettävä huomiota siihen, että yksinoikeutta on mahdollista pitää SEUT 56 artiklan vastaisena palveluiden tarjoamisen vapauden rajoittamisena.

6 Hetli Oy:n asema hankintalainsäädännön mukaisena sidosyksikkönä

6.1 Yleistä

Omana työnä tehdyt (in house) hankinnat jäävät hankintalainsäädännön ulkopuolelle.⁵² Sen sijaan tulkinnanvaraisempaa on ollut se, millä edellytyksillä ns. sidosyksiköltä tehtyjä hankintoja ei tarvitse kilpailuttaa. Sidosyksiköt sijoittuvat omana työnä tekemisen ja ulkopuoliselta ostamisen välimaastoon. Hankintayksikön ja hyödykkeen tuottajan välillä vallitsee kiinteä suhde, mutta hankintayksikkö ei yksinään kontrolloi palvelun tai tavarantoimittajaa ja/tai toimittaja työskentelee myös muille tahoille kuin kyseiselle hankintayksikölle. Hankintayksikön ei tarvitse kilpailuttaa hankintojaan hankintalain mukaisesti, mikäli hankinta tehdään hankintayksikön laissa tarkoitetulta sidosyksiköltä.

Sidosyksikköä koskevan sääntelyn taustalla on suhteellisen monitulkintainen EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö. Sidosyksikkösääntöä on sovellettu ja tulkittu muun muassa seuraavissa unionin tuomioistuimen ratkaisuissa: asia C-107/98, Teckal; C-26/03, Stadt Halle; C-371/05, komissio vs. Italia; C-340/04, Carbotermo; C-295/05, Tragsa; C-324/07, Coditel ja C-573/07, SEA. Mainitun oikeuskäytännön perusteella hankintayksikön ei tarvitse kilpailuttaa hankintojaan, mikäli se tekee hankinnan hankintalaissa tarkoitettulta sidosyksiköltään, vaikka sopimus täyttäisikin han-

52 Maakuntien ja palvelukeskusten tulee hankinnoissaan normaalisti soveltaa hankintalakia. Myös maakunnalle siirtyvien sopimusten osalta noudetaan lähtökohtaisesti hankintalakia. Laissa on joukko poikkeuksia, jolloin hankintaa ei tarvitse kilpailuttaa lainkaan. Tällaisia tilanteita ovat esimerkiksi hankintalain 40 § mainitut suora hankintaperusteet ja lain 136 § mainitut sallitut sopimusmuutokset ja lisähankinnat. Hankinta voidaan myös järjestää väliaikaisesti lain 153 § mainituissa tilanteissa.

.....

kintalain mukaiset hankintasopimuksen tunnusmerkit. Sidosyksikköhankinta on eräs merkittävimmistä soveltamisalapoikkeuksista hankintalainsäädännössä.⁵³

6.2 Maakunnallisten palvelukeskusten hallinnollisesta sääntelystä

TAHE-palvelukeskuksen toimintamallia on tarkasteltu ja käsitelty touko-kesäkuussa 2017 maakuntauudistuksen projektiryhmässä. Tarkastelun perusteella ministeri Anu Vehviläinen on linjannut toukokuussa 2017, että talous- ja henkilöstöhallinnon palvelukeskusyhtiön valmistelua jatketaan hallituksen sote- ja maakuntauudistusta koskevan lakiesityksen mukaisesti. Lisäksi hallitus päätti 5.7.2017 jatkaa sote- ja maakuntauudistusta siten, että uudistus tulee voimaan 1.1.2020 alkaen. Maakuntien ohjeistus on päivitetty hallituksen päätöksen mukaiseksi 24.8.2017.

Talous- ja henkilöstöhallinnon palveluiden tuottamisesta voidaan todeta seuraavaa. Maakunnat järjestävät oman talous- ja henkilöstöhallintonsa ja TAHE-yhtiö⁵⁴ vastaa niiden palvelujen tuottamisesta, jotka oheisessa palvelutarjoama-liitteessä on kuvattu.

Maakuntien tulee käyttää TAHE-yhtiötä kaikissa peruspalveluissa, jotka on tarkoitus myöhemmin annettavalla asetuksella määritellä käyttövelvoitteen piiriin kuuluviksi. ”Tuottavuuden ja tehokkuuden lisäämiseksi” ja ”yhdenmukaisten prosessien ja tiedonhallinnan kehittämiseksi” TAHE-yhtiön lisäpalvelujen käyttö on keskeinen ke-

53 EU:n tuomioistuimen *Teckal*-tuomion (C-107/98, Kok. 1999, s. I-8121) mukaan hankintadirektiivin soveltamisalaan kuuluvat rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset, joiden kohteena on tavarahankinta, jonka alueellinen tai paikallinen viranomais aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa, riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomais. Hankintayksikkö voi tehdä hankintoja oman organisaation ulkopuolelta ilman kilpailuttamista ainoastaan sellaisissa tilanteissa, joissa viranomais valvoo kyseistä sidosyksikköä samalla tavalla kuin se valvoo omia yksikköjään. Lisäksi edellytetään, että sidosyksikkö harjoittaa pääasiallista toimintaa sen omistavien hankintayksiköiden kanssa. Arvioitaessa hankintayksikön ja sidosyksikön välistä suhdetta ratkaiseva merkitys on annettava yksiköiden oikeudelliselle erillisyydelle sekä päätöksenteon itsenäisyydelle. Jos hankinnat tehdään muodollisesti erilliseltä yksiköltä, sidossuhdetta on arvioitava hankintayksikön määräys- ja valvontavallan laajuuden sekä sidosyksikön toiminnan kohdistumisen kannalta. Edellytysten täytyminen on arvioitava tapauskohtaisesti. EU-tuomioistuimen ratkaisussa *Stadt Halle* (asia C-26/03) otettiin kantaa yksityisen omistuksen merkitykseen. Tuomion mukaan yksityisen yrityksen osakkuus – jopa vähemmistöosakkuus – sellaisessa yhtiössä, jossa hankintaviranomais on mukana, sulkee pois sen, että kyseinen hankintaviranomais voisi valvoa kyseistä yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan. EU-tuomioistuin perustelee, että hankintaviranomaisen ja sen omien toimipaikkojen välistä suhdetta sääntelevät yleisen edun tavoitteiden saavuttamiselle ominaiset seikat ja vaatimukset. Sitä vastoin yksityisen pääoman sijoittaminen yritykseen on yksityisille eduille ominaisten vaikuttimien mukaista ja sillä pyritään luonteeltaan erilaisiin tavoitteisiin. Tuomion mukaan yksityisen yrityksen osakkuus merkitsee siten sitä, että hankintayksikkö ei voi harjoittaa yksikköön vastaavaa valvontavaltaa kuin omiin toimipaikkoihinsa pykälässä tarkoitettulla tavalla. Ks. myös *komissio v. Espanja* (C-84/03), *Teckal* (C-107/98) ja *Arge Gewässerschutz* (C-94/99, Kok. 2000, s. I-11037).

54 TAHE-yhtiö: Maakuntien omistama kansallinen talous- ja henkilöstöhallinnon yhtiö. MAKU TAHE-yhtiö: Maakunnan tai useamman maakunnan operatiivisesta talous- ja henkilöstöhallinnon palvelutuotannosta vastaava yhtiö, joka on TAHE-yhtiön tytär- tai osaomistusyhtiö. TAHE-konsortio: TAHE-yhtiön ja MAKU TAHE-yhtiöiden muodostama kokonaisuus. ICT-yhtiö: Maakuntien omistama kansallinen tieto- ja viestintätekniikan palvelujen yhtiö.

hittämiskohde. Lisäpalveluiden jo olemassa olevia keskitettyjä toimintatapoja ei ole tarkoituksenmukaista purkaa.

Maakunnat omistavat TAHE-yhtiön. TAHE-yhtiö tuottaa palveluita omana tuotantona sekä hyödyntää olemassa olevia rakenteita (nykyiset in house -yhtiöt) tarkoituksenmukaisella ja maakuntien haluamalla tavalla. TAHE-yhtiön toimintamalli muodostuu seuraavasti:

1. Jos talous- ja henkilöstöhallinnon palveluita ei ole yhtiöitetty maakunnalle siirtyvien toimintojen osalta, siirretään toiminta (ihmiset, sopimukset sekä tarvittavat tuotantotekijät kuten järjestelmät) suoraan (tai maakunnan kautta) TAHE-yhtiöön. a) Myös yhtiöjärjestelyitä (uusi perustettava yhtiö tai liittyminen johonkin olemassa olevaan) voidaan harkita tilanteen mukaan, mutta TAHE-yhtiön palvelutuotanto on ensisijainen vaihtoehto. Yhtiöjärjestelyiden osalta pätevät kohdan 2 kriteerit.

2. Jos talous- ja henkilöstöhallinnon palvelut on yhtiöitetty maakunnalle siirtyvien toimintojen osalta: a) Kyseinen in house -yhtiö (ns. MAKU TAHE -yhtiö) voi tuottaa maakunnan talous- ja henkilöstöhallinnon tukipalvelut jatkossakin, edellyttäen että seuraavat kriteerit täyttyvät: i. Kyseinen MAKU TAHE -yhtiö liittyy TAHE-yhtiön konsortioon siten, että TAHE-yhtiö saa MAKU TAHE -yhtiön osakkeita sekä in house -aseman (osaomistus- tai tytäryhtiö). TAHE-yhtiön tulee hyväksyä osakejärjestelyt, jotta maakunnan toimijoiden valitsemasta yhtiöstä tulee MAKU TAHE -yhtiö. ii. In house -asema edellyttää osakeomistuksen lisäksi riittävää ohjausmahdollisuutta. Osaomistuksen osalta riittävä ohjaus voidaan toteuttaa hallituspaikalla ja mahdollisella erityisen määräysvallan osakkeilla. iii. Palvelusopimus maakunnalle tuotettavista talous- ja henkilöstöhallinnon palveluista tehdään TAHE-yhtiön kanssa. b) Mikäli kohdan a) kriteereitä ei täytetä, palvelut siirretään hallitusti TAHE-yhtiön tuotettavaksi maakunnan kanssa sovittavan aikataulun mukaisesti. TAHE-yhtiö voi ostaa kyseisiä palveluita ylimenoaikana (2020–2022) nykyiseltä toimijalta. Palveluidensiirto voidaan tehdä liiketoimintasiirtona, mikäli näin kyseisen in house -yhtiön kanssa sovitetaan.

3. TAHE-yhtiön ja konsortion muodostumisessa noudatetaan hallituksen esityksen yleisperusteluiden periaatteita. Yleisperusteluiden mukaisesti palvelukeskuksille siirrettäisiin suoraan tai maakuntien kautta palvelutuotannon edellyttämä tukipalveluhenkilöstö sekä tarvittava omaisuus (ml. osakeomistukset), tietojärjestelmät ja ostopalvelusopimukset. TAHE-yhtiö omistaa yhdessä kuntien ja kuntatoimijoiden kanssa talous- ja henkilöstöhallinnon tehtävien palvelutuotannon MAKU TAHE -yhtiöitä siten, että TAHE-yhtiö voi hankkia näiltä palveluja maakuntien käyttöön TAHE-konsortion sisäisillä palvelusopimuksilla. Näin toimittaessa maakuntalain mukainen peruspalveluiden käyttövelvoite täyttyy.

4. TAHE-yhtiö osallistuu MAKU TAHE -yhtiöiden päätöksentekoon, jolloin in house -edellytykset täyttyvät. Kunnat ja kuntatoimijat voivat edelleen hankkia

MAKU TAHE -yhtiöiltä palveluja. Talous- ja henkilöstöhallinnon palvelut tuotetaan lähellä asiakasta TAHE-konsortiossa. TAHE-yhtiö tuottaa talous- ja henkilöstöhallinnon palveluita itse sekä hankkii niitä MAKU TAHE -yhtiöiltä, jotka vastaavat alueillaan operatiivisesta palvelutuotannosta. Yhtiöt toimivat hajautetulla mallilla lähellä asiakkaita ja henkilöt jatkavat työskentelyä niissä maakunnissa, joissa ovat nytkin. Lisäksi voi olla muita palvelukohtaisia toimittajia, joita TAHE-yhtiö ohjaa keskitetysti. Maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon ulkoisia palvelusopimuksia on keskitetty TAHE-yhtiölle siltä osin, kun tämä on tarkoituksenmukaista yhteisten prosessien ja toimintamallien kehittämiseksi.

5. Talous- ja henkilöstöhallinnon järjestelmien osalta tehdään keskitettyjä kilpailutuksia, joissa on tavoitteena valita muutamia toimittajia per osa-alue. Keskitetysti kilpailutettuja järjestelmiä otetaan käyttöön sitä mukaa, kun voimassa olevat sopimukset vanhentuvat tai muuten ilmenee tarve uudistamiselle. Maakunnat etenevät näissä eri tahdilla. Yhteisillä kehityshankkeilla sekä palveluiden minimitalvoitteilla ja -vaatimuksilla ohjataan palvelu- ja järjestelmätoimittajan verkostoa. Ohjatulla verkostomallilla tavoitellaan suuruuden ekonomian etuja sekä ketterän kehityksen ja kilpailuympäristön säilymistä. Maakuntien talous- ja henkilöstöhallinnon palveluiden perustamis- ja integraatiokustannukset kohdistuvat seuraavasti: Jos maakunta siirtää palvelut suoraan TAHE-yhtiölle, vastaa TAHE-yhtiö siirtoprojektin kustannuksista (sis. henkilötöy sekä järjestelmäintegraatioiden kustannukset). Jos olemassa olevasta (tai perustettavasta) in house -yhtiöstä tulee MAKU TAHE -yhtiö, joka tuottaa talous- ja henkilöstöhallinnon palvelut maakunnalle, siirtoprojektin kustannuksiin voi hakea rahoitusta maakuntauudistuksen ICT-muutostuen rahoituksen kautta.

6. TAHE-konsortion tulee tarjota suuruuden ekonomian hyötyjä, tukea ja ohjata isojen linjojen kehitystä sekä mahdollistaa ketterä kehitys alueellisesti. TAHE-yhtiöllä on keskeinen rooli palvelumallien rakentajana.

Hetli-konsortion muodostumisen yhteydessä valmistelijaille on esitetty kysymys oman uuden MAKU TAHE -yhtiön (eräänlaisen välittäjäyhtiön) perustamisesta, joka hankkisi palvelut useammalta nykyiseltä in house -yhtiöltä. Onko järjestely mahdollinen? Hetli Oy:llä olisi tällöin MAKU TAHE -välittäjäyhtiön omistus. Ohjeistuksen pohjalta on todettu, että tulkinta on periaatteessa mahdollinen, mutta esitetyn toimintatavan tarkoituksenmukaisuutta on tarkasteltava tapauskohtaisesti.⁵⁵

Ohjeistusta voidaan pitää varsin vaikeaselkoisena. Ulkopuolisella tarkastelijalla huomio kiinnittyy siihen, että maakuntien valinnanvapaus TAHE-palveluiden järjestämisessä näyttäisi jäävän varsin vähäiseksi.

55 Pöytäkirja VM093:00/2016 9/2017 VM/692/00.01.00.01/2016 KEHA/1225/2017 25.10.2017.

6.3 Sidosyksikön määritelmä hankintalaissa

Vuoden 2017 alusta voimaan tulleen uuden hankintalain 15 § kuuluu seuraavasti:

15 § Hankinnat hankintayksikön sidosyksiköltä

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

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

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

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

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

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

6.4 Uuden hankintalain vaikutuksista

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

Edellä mainittua prosenttiosuutta määritettäessä perusteena on käytettävä sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden keskimääräistä kokonaisliikevaihtoa tai muuta vastaavaa toimintaan perustuvaa määrää. Jos asianomaisen sidosyksikön tai hankintayksikön perustamisajankohdan tai toiminnan aloittamisen ajankohdan tai toiminnan uudelleenjärjestämisen vuoksi liikevaihtoa tai vaihtoehtoisia toimintaan perustuvaa määrää kuten kustannuksia ei ole joko saatavilla kolmelta edeltävältä vuodelta tai niillä ei ole enää merkitystä, riittää, että toiminnan mittaus osoitetaan esittämällä tietoja tulevasta liiketoiminnasta.

Poikkeukset toiminnan kohdistumisen vaatimukseen. Sidosyksikön toimintaa koskevalle rajoitukselle on säädetty hankintalaissa kaksi poikkeusta. Ensinnäkin prosenttiosuus on 10, ja 500 000 euron rajoitusta ei sovelleta, kun hankintayksikön määräysvallassa olevan yksikön liiketoimintaa vastaavaa markkinaehtoista toimintaa ei ole.⁵⁶ Toisen poikkeuksen mukaan liikevaihtoa koskevaa 5 prosentin rajoitusta ei sovelleta silloin, kun muiden kuin määräysvaltaa yksikköön käyttävien hankintayksiköiden kanssa harjoitetun liiketoiminnan arvo on sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden ajalta keskimäärin alle 100 000 euroa vuodessa.

Usean omistajan sidosyksikkö. Jos useampi kuin yksi hankintayksikkö käyttää määräysvaltaa sidosyksikköön, on laissa asetettu vaatimus yhteisestä määräysvallasta. Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

⁵⁶ Markkinaehtoista toimintaa ei katsota olevan, jos hankintayksikkö on julkaissut sen määräysvallassa olevan yksikön muille kuin määräysvaltaa käyttäville hankintayksiköille suunnitellusta myynnistä HILMA-ilmoitusjärjestelmään ns. avoimuusilmoituksen, eikä hankintayksikkö saa ilmoituksessa määritellyssä määräajassa vastauksia yksikön liiketoimintaa vastaavasta markkinaehtoisesta toiminnasta. Vastausten tekemistä koskevan määräajan on oltava vähintään 14 vuorokautta avoimuusilmoituksen julkaisemisesta. Tätä 10 prosentin rajoitusta sovelletaan edellytysten täyttyessä avoimuusilmoituksen kohteena olevaan yksikköön kolme vuotta avoimuusilmoituksessa asetetun vastausmääräajan päättymisestä.

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

Korkeimman hallinto-oikeuden tuoreessa päätöksessä (KHO 232/2017) oli kyse siitä, tuliko jätehuoltopalvelut kilpailuttaa hankintalain mukaisesti vai oliko kyseessä lain ulkopuolelle jäävä sidosyksikköhankinta. Useat kunnat olivat antaneet niiden vastuulle kuuluvat jätehuoltopalvelut X Oy:n tehtäväksi. Jätehuoltopalveluiden hankinta kyseiseltä yhtiöltä oli perustunut kuntien allekirjoittamaan osakassopimukseen. Sidosyksikkösääntelyn mukaan hankintalakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.

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

6.5 Sidosyksikkösäännön siirtymäsäännökset

Hankintalaissa on annettu hankintayksiköille ja näiden sidosyksiköille mahdollisuus hallittuun toiminnan rajoittamiseen luomalla sidosyksikön toimintaa koskeville rajoi-

tussäännöille siirtymäkausia. Yleisen siirtymäsäännöksen nojalla 5 % ja 500 000 euron rajoitusta sovelletaan vasta vuoden 2019 alusta lähtien. Siihen saakka eli vuosina 2017 ja 2018 sovellettava rajoitus on 10 %.⁵⁷

Sosiaali- ja terveyspalvelujen sektorilla toiminnan rajoitus on vuoden 2021 loppuun saakka 10 % ja vuoden 2022 alusta 5 % ja 500 000 euroa. *Jätehuoltosektorilla* sidosyksikön toiminnan rajoitus on vuonna 2017 15 %, vuonna 2018 10 % ja vuoden 2019 alusta lähtien 5 % ja 500 000 euroa. Oheisesta taulukosta käyvät ilmi siirtymäkaudet sidosyksikön toiminnan rajoitussäännöille.

Sektori	Vuosi 2017	Vuosi 2018	Vuosi 2019	Vuosi 2022
<i>Jätehuoltosektori</i>	1 5 %	10 %	5 % ja 500 00 0 EUR	5 % ja 500 00 0 EUR
<i>Sosiaali- ja terveydenhuoltosekto ri</i>	1 0 %	10 %	10 %	5 % ja 500 00 0 EUR
<i>Kaikki muut sektorit</i>	1 0 %	10 %	5 % ja 500 00 0 EUR	5 % ja 500 00 0 EUR

Maakuntalain voimaantulon 44 §:n mukaan sopimukset siirtyvät lähtökohtaisesti kunnista ja kuntayhtymistä sellaisenaan maakunnille. Sopimusten jatkaminen, laajentaminen tai muuttaminen olisi molempien osapuolten suostumuksella mahdollista hankintalain mukaisissa tilanteissa. Hankintalain 136 §:ssä säädetään hankintasopimuksen muuttamisesta sopimuskauden aikana EU kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta ja mm. kansalliset kynnysarvot ylittävien sosiaali- ja terveyspalvelujen osalta. Väliaikainen menettely on tarkoitettu ainoastaan poikkeustilanteisiin. Maakunnalle

⁵⁷ Erityisalojen hankintalain sidosyksikkösäännöt ovat muutoin yhtenevät hankintalain säännösten kanssa, mutta toiminnan rajoitus on hankintalaista poiketen 20 % jo vuoden 2017 alusta.

siirtyvissä sopimuksissa olevat ehdot, kuten optiot, saattavat mahdollistaa sopimusten muuttamisen tai jatkamisen, mikä on ensisijainen keino palvelujen järjestämiseksi.

Siirtymäaikana tehtävien väliaikaisten palvelujen hankinnoissa voidaan poikkeuksellisesti soveltaa kynnysarvona EU-kynnysarvoja eikä kansallisia kynnysarvoja. Tämä mahdollistaa sen, että arvoltaan pienempiä sopimuksia voi lyhyeksi aikaa jatkaa kilpailuttamalla ne vapaamuotoisesti kunkin hankinnan laadun ja laajuuden edellyttämällä tavalla. Maakuntien valtakunnalliset palvelukeskukset voisivat vastaavasti kuin maakunnat tehdä väliaikaisen sopimuksen tai palvelujen tuottamista koskevan vastaavan järjestelyn, jos se on niiden tuottamisen palvelujen jatkuvuuden turvaamiseksi siirtymäaikana välttämätöntä. Valtio huolehtii maakuntalain 16 luvussa tarkoitettujen maakuntien valtakunnallisten palvelukeskusten perustamisen toimenpiteistä 40 §:n mukaisesti. Valtakunnallisten palvelukeskusten perustamis- ja ylösajovaiheessa ne voivat hankkia hankintamenettelyn kestoaikaa vastaavana siirtymäkautena palveluja ja järjestelmiä perustamisesta huolehtivalta julkisoikeudelliselta valtiotoimijalta (esim. Senaatti-kiinteistöt, Hansel Oy, Palkeet, Keha, Valtori, Haus Oy) ja muilta valtion konsernipalveluntuottajilta sekä tehdä vastaavia palvelun tuottamista koskevia järjestelyjä. Menettely varmistaa palvelutoiminnan kannalta välttämättömien palveluiden saatavuuden.

6.6 Arviointia

Sidosyksikköhankintojen edellytyksenä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää *määräysvaltaa* yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa. Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimitelimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti. Yksittäinen edustaja voi kuitenkin edustaa useita tai kaikkia määräysvaltaa käyttäviä hankintayksiköitä – Sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa.

Tässä tapauksessa on olennaisesti kyse *emo- ja sisarsidosyksikköhankinnoista*. Hankintalakia ei sovelleta tilanteisiin, joissa sidosyksikkö, joka on hankintayksikkö, tekee hankinnan siihen määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä, tai saman hankintayksikön määräysvallassa olevalta toiselta sidosyksiköltä. Valtakunnalliset palveluyhtiöt on pyritty saamaan sidosyksikkösäätelyn alle. Hetli Oy toimii ns. in house -periaatteella, voi tuottaa palveluja muille vain, mikäli in house -asema ei vaarannu. Jos maakunnat ja valtakunnalliset palvelukeskukset ovat valtion tytäryhteisöjä, saman omistajan tyttäret voisivat tehdä keskenään hankintoja hankintalain 15 §:n 6 momentin perusteella (in-house sisters).

Maakuntalain 119 ja 121 §:ssä esitetty *yksinoikeus* muodostaa poikkeuksen hankintalainsäädännön ja kilpailulainsäädännön yleisistä periaatteista. Pääsääntöisesti viranomaiset voivat tuottaa palveluita itse tai ostaa niitä tarjouskilpailun perusteella parhaaksi todetulta tarjoajalta, tai julkisista hankinnoista annetun lain edellytykset täyttävältä sidosyksiköltä. Palvelukeskuksille ehdotettu erityisasema voi muodostua ongelmaksi esimerkiksi tilanteessa, joissa palvelukeskuksen käyttövelvoitteen piiriin kuuluva toiminta sisältää palveluita, joissa on lukuisia markkinaehtoisia palvelun tuottajia. Ehdotettu palveluvelvoite ja sen kautta markkinoilla toimiville yrityksille tapahtuva myynti, voi vaarantaa palvelukeskuksen sidosyksikköaseman suhteessa maakuntiin. Palvelukeskuksille suunniteltua roolia ei ole arvioitu maakuntalakia koskevassa hallituksen esityksessä kovinkaan tarkasti kilpailulainsäädännön näkökulmasta.

Kun yksinoikeus kerran halutaan luoda, inhouse-aseman suojaaminen on kilpailuoikeudellisesti tarpeen. Tästä syystä järjestelmän heikkoutena voidaan pitää sitä, että lukkiudutaan inhouse-toimintamalliin, mikä voi myöhemmin estää soten kehittämisen kannalta ehkä järkevän toimintamallin, jossa TAHE-palveluita voitaisiin mahdollisesti myydä myös muille. Soten voidaan olettaa lisäävän yksityistä palvelutuotantoa ja luovan erilaisia uusia hybridimalleja. Tähän nähden jäykähkö sääntely vaikuttaa epätarkoituksenmukaiselta.

Maakuntien palveluyhtiöiden sidosyksikkösääntelyssä hyödynnetään EU-hankintadirektiivien tuomia mahdollisuuksia (mm. 20 %:n ulosmyyntirajaa) ohi sen, mitä vuoden 2017 alusta tulleeeseen hankintalainsäädäntöön on kirjattu. Vaikka tämä on EU:n hankintadirektiivien mukaista, voidaan miettiä kilpailuneutraaliteetin näkökulmasta sitä, onko erilaisten rajojen ja siirtymäsäännösten luominen kilpailuedellytysten tasapuolisuuden näkökulmasta perusteltua.

Vaikka palvelukeskuksia koskeva rakenne on lähtökohtaisesti rakennettu sidosyksikköjä koskevan mallin mukaisesti, nyt esitetty malli poikkeaa normaalista sidosyksikköäsitteestä merkittävältä osin. Yleensä palvelun ostajalla on vapaus valita, ostaako se palveluita sidosyksiköltä vaiko ehkä kilpailevalta toimittajalta. Palvelukeskusten osalta maakuntien valinnanvapaus – samoin kuin valinnanvapauteen liittyvä kilpailu – on poistettu. Valmisteilla olevan TAHE-asetuksen mukaan "[m]aakunnan tai maakunnan tytäryhteisön, joka ei toimi kilpailutilanteessa markkinoilla, tulee maakuntalain 119 § 1 momentin mukaisesti hankkia 3 §:ssä tarkoitetut käyttövelvoitteen piiriin kuuluvat palvelut palvelukeskukselta."

Käyttövelvoitteen piiriin kuuluvissa palveluissa muun palveluntuottajan tarjoaman palvelun käyttö on mahdollista ainoastaan tapauksessa, mikäli se on tiettyssä toiminnassa tai asiassa taikka sen osassa välttämätöntä taloudellisesta, toiminnallisesta, teknisestä tai muusta vastaavasta perustellusta syystä. Mikäli maakunta tai maakunnan tytäryhteisö, joka ei toimi kilpailutilanteessa markkinoilla, ryhtyy hankkimaan 3 §:ssä tarkoitettua palvelua muulla tavalla kuin palvelukeskukselta, sen on yksilöitävä 2 mo-

mentin mukainen syy muun palveluntuottajan tarjoaman palvelun käytölle ja saatettava käyttövelvoitteesta poikkeaminen palvelukeskuksen hallituksen käsiteltäväksi ennen hankinnan käynnistämistä.

TAHE-asetus on kirjoitettu hyvin velvoittavaan muotoon. Toisaalta maakunnalla on mahdollisuus ostaa palveluita muualta silloin kun se toimii kilpailutilanteessa eli tuottaa sote-palveluita markkinoilla.

Palvelukeskuksia koskevia järjestelyjä on perusteltu erityisesti suuruuden ekonomialla ja toimintavarmuudella. TAHE-palvelujen osalta on syytä kyseenalaistaa, missä määrin kyse on aidosti suuruuden ekonomiasta. Kyse on bulkkipalveluista, joiden osalta optimaalinen yrityskoko ei edellytä näin laajaa keskittämistä. Suuruuden ekonomin vastapoolina voi esiintyä mummittautia, jossa keskittämällä menetetään toiminnan ketteryys ja paikallinen osaaminen häviää. Tavoiteltavissa olevia mitta-kaavaetuja näyttäisi merkittävästi vähentävän myös se, että tähän mennessä yksikään maakunnista ei ole ilmoittanut lähtevänsä käyttämään Hetli Oy:n palveluita ohi sen mitä valmisteilla oleva laki ja asetus edellyttäisivät. Toisaalta nykyisessä mallissa toimintavarmuus on saavutettu nimenomaan sillä, että kunnat voivat tuottaa TAHE-palveluita itse tai ostaa niitä yhdeltä tai useammalta sidosyksiköltä. Talous- ja henkilöstöpalveluiden osalta siten ole myöskään mitenkään selvää, että uusi malli parantaa toimintavarmuutta.

Kuvatuilla sidosyksikköjärjestelyillä pyritään sovittamaan yhteen maakuntalaki ja hankintalaki. Mikäli maakunnissa halutaan toimia ilman kilpailutuksia, toiminta on yhtiöitettävä niin, että muodostetaan maakunnan ja kuntien yhteinen yhtiö. Mikäli palveluyhtiö on kaikille sidosyksikkö (in-house), kilpailutusta ei tarvita. Hetli Oy:n asema on pyritty luomaan sellaiseksi, että hankintadirektiivien sidosyksikköä koskevat säännöt täyttyvät.

Tässä tapauksessa hankintalainsäädännön näkökulmasta ongelmaksi muodostuu se, onko Hetli Oy maakuntien määräysvallassa sillä tavalla kuin hankintalainsäädännössä edellytetään. Määräysvallalla tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että sidosyksikön omistajat voivat ohjata sidosyksikön toimintaa. Tässä tapauksessa on hieman auki, kuka oikeastaan käyttää määräysvaltaa Hetli Oy:ssä. Jotta määräysvalta olisi maakunnilla, täytyisi niillä olla todellinen kontrolli Hetli Oy:öön. Määräysvallan puuttumiseen viittaa erityisesti se, että maakunnilla on hyvin rajoitetusti päätösvaltaa sen suhteen, mitä ne Hetli Oy:ltä ostavat. Maakuntien ostovelvoitteen sisältö määräytyy maakuntalaeilla, ja sitä täsmennetään Valtioneuvoston asetuksilla. Toisin sanoen, Valtioneuvoston asetuksilla ohjataan määritetään se, mitä palveluita maakuntien on ostettava yksinomaan Hetli Oy:ltä. Tästä näkökulmasta Hetli Oy:llä on pikemminkin kontrolli maakunnista kuin toisin päin, mikä perustuu maakuntalainsäädäntöön ja asetuksiin. Viime kädessä valtiolta asettaa maakunnille ostovelvoitteen.

.....

Hankintalain 15 §:n mukaan ”sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Lisäedellytyksenä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa *käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa...*” Direktiivissä on lisäksi todettu perustuen vallitsevaan oikeuskäytäntöön, että ”hankintaviranomaisen katsotaan käyttävän oikeushenkilössä samanlaista määräysvaltaa kuin omissa yksiköissään... jos se käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa määräysvallan alaisen oikeushenkilön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin...”

Julkisista hankinnoista annetun lain 15 §:n perusteluissa⁵⁸ todetaan *sidosyksiköltä edellytettävän määräysvallan* osalta seuraavaa:

”Lisäksi 1 momentissa tarkoitettuina sidosyksikön edellytyksenä olisi, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa. Määräysvallan täyttymisen osalta hankintayksikön katsotaan käyttävän määräysvaltaa samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa silloin, kun se käyttää ratkaisevaa vaikutusvaltaa määräysvallan alaisen oikeushenkilön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Tällaista määräysvaltaa voi käyttää myös toinen oikeushenkilö, joka on samalla tavoin hankintayksikön määräysvallassa.”

Mainittu hankintalain 15 § perustuu EU:n hankintadirektiiviin ja on siten osa implementoitua pakottavaa EU-oikeutta. Kaikki ne sopimukset, joilla maakunnat hankkivat valtakunnallisilta palvelukeskuksilta tavaroita, palveluita tai rakennusurakoita täyttävät hankintalain 4 §:n 1 kohdan mukaisen hankintasopimuksen yleisen määritelmän eli tällaiset hankinnat on kilpailutettava, jollei hankintalaista muuta johdu.

Kuten edellä on todettu, valtakunnalliset palvelukeskukset on esitetty organisoitavaksi siten, että ne täyttäisivät hankintalain 15 §:n mukaisen sidosyksikön määritelmän. Tämä on ongelmatonta niin kauan kuin maakunnat voivat halutessaan tehdä hankintoja palvelukeskukselta. Sen sijaan ongelmallisena tilanteena on pidettävä sitä, että suunnitteilla olevan lainsäädännön mukaan maakunnat velvoitetaan hankkimaan palvelukeskuksilta hyödykkeitä.

Kun palvelukeskuksista on tarkoitus luoda sidosyksikkö, jossa ei ole yhtä määräysvaltaa käyttävää vaan hankintaviranomaiset käyttävät määräysvaltaa yhdessä, on direktiivissä tätä koskien asetettu lisäksi seuraavat kriteerit (hankintadirektiivin 12 artiklan 3 kohta):

”Hankintaviranomaisten katsotaan käyttävän yhteistä määräysvaltaa oikeushenkilössä, jos *kaikki* seuraavat edellytykset täyttyvät:

58 HE 108/2016 vp s. 101.

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

Asiassa on kyseenalaista, voiko maakunta käyttää sidosyksikköön määräysvaltaa, kun sidosyksikkö määrää maakuntaa siitä, mitä maakunnan tulee hankkia. Asiasta ei ole olemassa selkeää oikeuskäytäntöä, mutta asia vaikuttaa ongelmalliselta. Mikäli valtio eli yksi palvelukeskuksen omistaja määrää, mitä palveluita muiden omistajien on palvelukeskukselta hankittava, ei vaikuttaisi siltä, että omistajat yhdessä käyttäisivät ratkaisevaa vaikutusvaltaa palvelukeskuksen päätöksiin ja strategisiin linjauksiin. Sidosyksikköaseman osalta kysymys määräysvallasta on olennainen. Mikäli sidosyksikön määritelmä ei täyty, suora hankinnoilta putoaa pohja pois.

Vähintään tällaisessa tilanteessa on riski, että maakunnan ja palvelukeskuksen edut ovat ristiriidassa (vrt. 12(3) artiklan iii kohta). Jos tulkitaan, että hankintalain 15 §:n mukainen vaatimus määräysvallan käyttämisestä maakunnan ja palvelukeskuksen välillä ei täyty, hankintalain 15 § ei sovellu. Eli sidosyksikkö hankintoja ei voi tehdä.

Tällöin seurauksena on se, että julkisista hankinnoista annettu laki ei mahdollista sitä, että maakunnat tekisivät kilpailuttamatta suora hankintoja valtakunnalliselta palvelukeskukselta, kun kerran hankintalain 15 § ei soveltuisi.

Maakuntalailla ja asetuksilla valtio näyttäisi keskittävän tiettyjä sotien tukipalveluja samalla tavoin kuin valtio keskittää omia tukipalvelujaan. Kuten hankintalain esitöissä (HE 108/2016) on 15 §:n osalta todettu, valtio on perinteisesti katsottu yhdeksi oikeushenkilöksi, joka muodostuu toimielinten kokonaisuudesta. Tällä perusteella eri virastot ja laitokset valtiohallinnossa voivat tehdä sopimuksia keskenään, koska ne eivät ole itsenäisiä oikeushenkilöitä ja tämän takia valtion virastojen ja laitosten väliset sopimukset eivät ole hankintasopimuksia.

Sen sijaan maakunta tulee olemaan valtiosta erillinen oikeushenkilö. Maakuntauudistuksella muodostettavat maakunnat ovat itsehallinnollisia toimijoita, joiden päätöksenteko perustuu omiin suoriin vaaleihin. Kunnat eivät siis käytä valtaa maakunnissa, mutta maakunnat eivät myöskään ole valtion hallintoa. Maakuntien samastaminen valtioon ei vaikuta asianmukaiselta. Jotta valtio voisi ohjata maakuntia kuten omia toimipaikkojaan, maakuntien pitäisi olla valtion kanssa samaa oikeushenkilöä tai maakuntien pitäisi valtion tytäryhteisöjä. Mikäli maakunnat olisivat osa valtionhallintoa

.....

ja samaa oikeushenkilöä tai konsernia kuin valtio, valtakunnallisilla palvelukeskuksilla ei olisi lainsäädännöllistä estettä ja valtio voisi asettaa palvelun käyttövelvoitteita hankintalainsäädännön sitä estämättä. Toisaalta mikäli maakunnat ja valtakunnalliset palvelukeskukset olisivat valtion tytäryhteisöjä, saman omistajan tyttäret voisivat tehdä keskenään hankintoja hankintalain 15 §:n 6 momentin perusteella (in-house sisters). Edellä mainituista syistä näin ei ole.

Tässä tapauksessa vaikuttaa siltä, että Hetli Oy:ssä maakuntaomistajien päätösvalta on vain muodollista. Sidosyksikön rahavirta tulee turvatuksi valtion asetuksin, mistä syystä Hetli Oy:n ei tarvitse ottaa vastaan määräyksiä maakunnilta, eikä se käytännössä vastaa toiminnastaan maakunnille. Mahdollista siten on, että Hetli Oy saattaisi myös ajaa sellaisia etuja, jotka poikkeaisivat määräysvaltaa käyttävien hankintaviranomaisten eduista. Myyjän ja ostajan väliseen oikeussuhteeseen saattaa liittyä ristiriitoja, jotka koskevat esimerkiksi toimitettavan palvelun hintaa tai laatua. Kun maakunnille tullaan asettamaan ostovelvoite Hetli Oy:ltä, maakunnalla ei tule olemaan nykyisenkaltaista mahdollisuutta vaihtaa toimittajaa tilanteissa, joissa se on syystä tai toisesta tyytymätön saamiinsa hallinto- ja henkilöstöpalveluihin. Tämä johtuu siitä, että monopolirityksellä on tyypillisesti mahdollisuus asettaa asiakkailleen myös sellaisia, joihin nämä eivät kilpailun vallitessa suostuisi. Kun mahdollisuus vaihtaa toimittajaa poistuu tai ainakin merkittävästi rajoittuu yksinomaisuusvelvoitteen seurauksena, sopimustasapaino tulee muodostumaan Hetli Oy:lle selvästi edullisemmaksi kuin siinä vaihtoehdossa, että kilpailevia toimittajia olisi tarjolla. Asia on ongelmallinen myös siitä syystä, että monen omistajan mallissa yksi vähemmistöomistaja (valtio) käytännössä pystyisi valtion asetusten kautta yksin päättämään siitä, mitä sidosyksikkö tekee ja miten laajalti maakunta joutuu yksinoikeuspalveluita ostamaan. Tällöin hankintalaissa ja direktiiveissä edellytetty monen omistajan yhteisen määräysvallan käyttö sidosyksikköön nähden ei tosiasiallisesti toteudu.

Selvää on, että EU:n hankintadirektiivit ovat Suomea jäsenvaltiona velvoittavia normeja, joita maansisäisesti on noudatettava. Edellä mainitun perusteella vaikuttaa siltä, että ehdotettu ostovelvoite synnyttää tilanteen, jossa hankintalain ja EU-direktiivien mukainen sidosyksikön määritelmä ei täyty. Tästä taas seuraisi se, ettei asetettu yksinostovelvoite voisi olla sallittu hankintadirektiivisen perusteella, sillä se johtaisi kiellettyyn suoraan hankintaan.

Mitä tulee ehdotetun sidosyksikkösääntelyn taloudelliseen rationaalisuuteen on myös syytä kysyä, johtaako suunniteltu järjestely korkeampiin vai alhaisempiin yksikkökustannuksiin. Siltä osin kuin maakunnilla on velvollisuus ostaa palvelunsa Hetli Oy:ltä, palvelun toimittajalla ei ole kilpailijoita. Tyypillisesti monopoliasema nostaa hintoja. Poikkeuksena tästä voidaan pitää lähinnä vain luonnollista monopolia, jossa yksikkökustannukset ovat sitä alhaisemmat, mitä suuremman osan palveluista vain yksi toimija tuottaa (esim. sähkön siirtoverkko tai kunnan vesilaitos). Talous- ja henkilöstöhallinnon palveluilla ei ole luonnollisen monopolin piirteitä. Se, että kilpailun vä-

hentymisestä aiheutuva hintojen nousu kompensoituisi tehokkuuseduilla, ei vaikuta saatavilla olevan aineiston perusteella uskottavalta. Tämä ei oikein ole linjassa sen kanssa, että sotella tavoitellaan kustannussäästöjä. Todennäköisesti veronmaksajille aiheutuvat kustannukset ovat tässä mallissa korkeammat kuin siinä vaihtoehdossa, että maakunnat voisivat vapaasti kilpailuttaa TAHE-palvelut ja hyödyntää olemassa olevat kilpailumahdollisuudet.

7 Hetli Oy:n asema valtiontukilainsäädännön näkökulmasta

SEUT 107 artiklan 1 kohtaa sovelletaan ”jäsenvaltion myöntämään taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnettyyn tukeen”. Valtiontuessa on kyse julkisten varojen kanavoimisesta yrityksiin. Tuki voi olla monenmuotoista, koska 107 artiklan sanamuoto viittaa ”muodossa tai toisessa myönnettyyn tukeen”. SEUT 107 artiklan 1 kohta viittaa ”valtion varoihin”. Valtion varoiksi katsotaan kaikki varat, jotka ovat suorasti tai epäsuorasti valtion hallinnoitavina tai valtion käytössä. Valtion varojen käsitettä tulkitaan laajasti siten, että itse jäsenvaltion lisäksi tuen myöntäjä voi olla mikä tahansa julkinen taho. Käsite pitää sisällään valtion lisäksi muun muassa paikalliset ja alueviranomaiset niiden oikeudellisesta asemasta ja nimityksestä riippumatta (kunnat, maakunnat, kunnalliset organisaatiot ym.), julkiset yritykset ja valtion perustamat tai nimeämät yksityiset elimet jonkin tietyn tuen hallinnoimiseksi.⁵⁹ Valtiontukeksi voidaan katsoa myös tuki, joka myönnetään julkiselle yritykselle. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että käsite ”yritys” tarkoittaa jokaista yksikköä, joka harjoittaa taloudellista toimintaa, riippumatta kyseisen yksikön oikeudellisesta muodosta ja rahoitustavasta.⁶⁰ Oikeustapauskäytännössä on katsottu, että kun arvioidaan voiko tuki vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, näillä yrityksillä tarkoitetaan sekä yksityisiä että julkisia yrityksiä ja niiden koko tuotannonalaa.⁶¹

Lähtökohtaisesti hyvin moni toimenpide voi vääristää kilpailua. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan valtiontuen käsite on yleisluonteisempi kuin avustuksen käsite. Tuella ei tarkoiteta ainoastaan positiivisia suorituksia, vaan myös toimenpiteitä, jotka eri tavoin alentavat yrityksen vastattavaksi tavallisesti kuuluvia kustannuksia ja ovat

59 Ks. esim. yhdistetyt asiat T-92/00 ja T-103/00 Territorio Histórico de Álava, sekä asiat C-482/99 Stardust Marine, 78/76 Steinike & Weinlig, 290/83 komissio v. Ranska sekä yhdistetyt asiat 67/85, 68/85, 70/85 Van der Kooy v. komissio.

60 Asia C-218/00, Cisal, 22 kohta.

61 Asia 78/76, Steinike und Weinlig, 16-18 kohdat ja C-387/92, Banco Exterior de España v. Ayuntamiento de Valencia, 11 kohta.

.....

siten luonteeltaan avustuksen kaltaisia. SEUT 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettu tuki voi olla periaatteessa mikä tahansa taloudellinen hyöty, jota taloudellinen toimija (yritys) ei olisi saanut tavanomaisissa markkinaolosuhteissa. Valtiontukea esiintyy siten useissa muodoissa, ja kyse voikin olla avustuksen lisäksi esimerkiksi markkinaehtoja edullisemmasta lainasta, takauksesta, vuokrasta tai vaikkapa valikoivasta veronalennuksesta. Lisäksi tukea voidaan antaa myymällä valtion omaisuutta alihintaan tai siten, että julkinen taho ostaa omaisuutta, tavaroita tai palveluita ylihintaan. Tuesta on kysymys esimerkiksi silloin, kun julkinen taho myy tuotteita tai palveluja yrityksille alle markkinahinnan, myöntää lainaa markkinaehtoista edullisemmalla korolla tai takaa yrityksen lainan ilman markkinaehtoisia vakuuksia. Valtiontukisääntöjen päämääränä on ehkäistä kilpailun vääristyminen ja säilyttää markkinoiden tasapaino. Tästä seuraa, että tukea ovat sellaiset julkisten viranomaisten toimenpiteet, joista yritys saa sellaista etua, jota se ei olisi saanut tavallisissa markkinaolosuhteissa.

Kaikkia julkisilla varoilla rahoitettuja toimenpiteitä ei kuitenkaan voida automaattisesti katsoa valtiontueksi. Julkinen taho voi kanavoida rahaa yrityksiin esimerkiksi omistajan tai sijoittajan roolissa. Niin kutsutun *markkinataloussijoittajaperiaatteen* (*market economy investor principle*) mukaan valtio ja muu julkisyhteisö voi toimia markkinoilla niin kauan kuin se käyttäytyy samalla tavalla kuin markkinataloudessa ”järkevästi” toimiva yksityinen sijoittaja. Julkisen vallan myöntämiä rahoituspaketteja ja muita vastaavia järjestelyitä pidetään valtiontukena, mikäli vastaavissa olosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja ei voisi normaaleissa markkinataloudellisissa olosuhteissa eikä edes pidemmälläkään aikavälillä odottaa saavansa hyväksyttävää tuottoa sijoitetulle pääomalle, lainalle tai muulle rahoitukselle.

7.1 Valtiontuen tunnusmerkistön yleistä tarkastelua

Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen (jäljempänä ”SEUT”) 107 artiklan 1 kohta määrittelee yhteismarkkinoille soveltumattomaksi tuen, joka vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.⁶² Valtiontuki ei ole kaikissa tilanteissa kiellettyä, ja poikkeukset ovat mahdollisia. SEUT 107 artiklan 2 ja 3 kohta käsittelevät tilanteita, joissa tuki soveltuu yhteismarkkinoille tai joissa tuki voidaan katsoa yhteismarkkinoille soveltuvaksi.

Valtiontuen määritelmä löytyy SEUT 107 artiklan 1 kohdasta, jossa säädetään seuraavaa:

”Jollei perussopimuksissa toisin määrätä, jäsenvaltion myöntämä taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty tuki, joka vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, ei sovellu yhteismarkkinoille, siltä osin kuin se vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.”

62 Ks. kirjallisuudesta esimerkiksi Kuoppamäki, Uusi kilpailuoikeus (2012); Alkio - Hyvönen, Valtiontuet (2017); Hancher – Ottevanger – Slot, EU State Aids (2012); Münchner Kommentar, Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, Band 3, Beihilfen- und Vergaberecht (2011).

SEUT 107 artiklan 1 kohdan vakiintuneen tulkinnan ja EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan toimenpide on katsottava valtiontueksi, mikäli toimenpide täyttää neljä kumulatiivista tunnusmerkkiä:

1. valtio tai muu julkisyhteisö rahoittaa toimenpiteen tai tuki myönnetään julkisista varoista,
2. toimenpide on valikoiva,
3. toimenpide vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua suosimalla tuensaja, ja
4. tuki vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.

Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan toimenpiteen luokittelu kielletyksi valtiontueksi edellyttää, että kaikki yllä mainitut tunnusmerkit täyttyvät samanaikaisesti.

7.2 Julkiset varat ja taloudellinen etu

SEUT 107 artiklan 1 kohtaa sovelletaan ”jäsenvaltion myöntämään taikka valtion varoista muodossa tai toisessa myönnettyyn tukeen”. Valtiontuessa on kyse julkisten varojen kanavoimisesta yrityksiin. Tuki voi olla monenmuotoista, koska 107 artiklan sanamuoto viittaa ”muodossa tai toisessa myönnettyyn tukeen”. SEUT 107 artiklan 1 kohta viittaa ”valtion varoihin”. Valtion varoiksi katsotaan kaikki varat, jotka ovat suorasti tai epäsuorasti valtion hallinnoitavina tai valtion käytössä. Valtion varojen käsitettä tulkitaan laajasti siten, että itse jäsenvaltion lisäksi tuen myöntäjä voi olla mikä tahansa julkinen taho. Käsite pitää sisällään valtion lisäksi muun muassa paikallis- ja alueviranomaiset niiden oikeudellisesta asemasta ja nimityksestä riippumatta (kunnat, maakunnat, kunnalliset organisaatiot ym.), julkiset yritykset ja valtion perustamat tai nimeämät yksityiset elimet jonkin tietyn tuen hallinnoimiseksi.⁶³ Valtiontueksi voidaan katsoa myös tuki, joka myönnetään julkiselle yritykselle. Oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että käsite ”yritys” tarkoittaa jokaista yksikköä, joka harjoittaa taloudellista toimintaa, riippumatta kyseisen yksikön oikeudellisesta muodosta ja rahoitustavasta.⁶⁴ Oikeustapauskäytännössä on katsottu, että kun arvioidaan voiko tuki vääristää kilpailua suosimalla jotakin yritystä tai tuotannonalaa, näillä yrityksillä tarkoitetaan sekä yksityisiä että julkisia yrityksiä ja niiden koko tuotannonalaa.⁶⁵

7.3 Tuki myönnetään yritykselle

EU:n toiminnasta tehdyssä sopimuksessa ei ole määritelty yrityksen käsitettä, vaan käsite määritellään taloudellisen toiminnan kautta. Taloudellista toimintaa on kaikki toiminta, jossa tavaroita ja palveluita tarjotaan markkinoilla. EU-tuomioistuimen

63 Ks. esim. yhdistetyt asiat T-92/00 ja T-103/00 Territorio Histórico de Álava, sekä asiat C-482/99 Stardust Marine, 78/76 Steinike & Weinlig, 290/83 komissio v. Ranska sekä yhdistetyt asiat 67/85, 68/85, 70/85 Van der Kooy v. komissio.

64 Asia C-218/00, Cisal, 22 kohta.

65 Asia 78/76, Steinike und Weinlig, 16-18 kohdat ja C-387/92, Banco Exterior de España v. Ayuntamiento de Valencia, 11 kohta.

.....

vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan yrityksiä ovat kaikki taloudellista toimintaa harjoittavat yksiköt riippumatta niiden oikeudellisesta muodosta, rahoitustavasta tai taloudellisen voiton tavoitteesta. Rajanvetotilanteissa painoarvoa on annettu sille, harjoitetaanko vastaavaa toimintaa markkinoilla yksityisen toimesta. Vetoaminen yleiseen etuun ei sellaisenaan riitä siihen, että toiminta jäisi EU:n kilpailu- ja valtiontukisääntöjen ulkopuolelle.

Taloudellisen toiminnan tulkinnessa on ratkaisevaa harjoitettavan toiminnan luonne, joka on arvioitava tapauskohtaisesti. Taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan erottamiseen ei ole yksiselitteistä ohjetta. Komissio on kuitenkin pyrkinyt selkeyttämään taloudellisen ja ei taloudellisen toiminnan käsitteitä antamassaan tiedonannossa Euroopan unionin valtiontukisääntöjen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettäviin korvauksiin (2012/C8/02 kohdat 8–30). Tiedonannossa on esimerkinomaisesti määritelty, mitä ei katsota toiminnaksi markkinoilla. Tiedonannon mukaan muun muassa solidaarisuusperiaatteeseen perustuva sosiaaliturva, kansallinen solidaarisuusperiaatteeseen perustuva terveydenhuolto sekä julkisesti rahoitettu ja valvottu koulutusjärjestelmä eivät ole toimintaa markkinoilla. Solidaarisuusperiaatteella tarkoitetaan mm. että tuen suuruus ei ole riippuvainen henkilön maksamista vakuutusmaksujen määrästä eikä tavoitteena ole voitontavoittelu.

Valtiontukisääntelyn kannalta ei ole merkitystä sillä, onko kyseessä yksityinen vai julkisomisteinen yritys. Samalla toimijalla voi olla sekä taloudellista että ei-taloudellista toimintaa, jolloin osa toiminnasta kuuluu EU:n valtiontukisääntöjen piiriin ja osa ei.

Edellä on luvussa 4 päädytty siihen, että Hetli Oy on kilpailuoikeudellisessa mielessä yritys.

SEUT 108 artiklan 3 kohdan mukaan komissiolle on annettava tieto tuen myöntämisestä tai muuttamisesta koskevasta suunnitelmasta niin ajoissa, että se voi esittää huomautuksensa. Ilmoitusmenettelyn tarkoituksena on varmistaa tukien yhteensopivuus yhteismarkkinoille. Tukitoimenpidettä ei voida ottaa käyttöön ennen kuin komissio on hyväksynyt tukijärjestelmän. Jos tukiluonteesta on epävarmuutta, komissiolle voi tehdä niin sanotun oikeusvarmuusilmoituksen. Joissain tilanteissa ennakkoilmoitusvelvollisuudesta voidaan poiketa.

7.4 Toimenpiteen valikoivuus

Kolmantena valtiontuen kriteerinä pidetään tuen valikoivuutta eli selektiivisyyttä. SEUT 107 artiklassa kielletään tuet, jotka ”suosivat jotakin yritystä tai tuotannonalaa”. Valikoivat tukitoimenpiteet ovat siis kiellettyjä. Toimenpide on valikoiva silloin, kun sitä ei sovelleta tasapuolisesti kaikkiin taloudellisiin toimijoihin. Myös toimenpiteet, joita sovelletaan vain tiettyyn toimialaan, ovat valikoivia, koska muut talouden

alat eivät hyödy kyseisistä toimenpiteistä.⁶⁶ Valikoivuus voi olla myös maantieteellistä tai yrityksen koosta riippuvaa.⁶⁷

7.5 Toimenpide vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua

SEUT 107 artikla edellyttää, että kyseessä on oltava tuki, joka ”vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua”. Tämän edellytyksen tulkinta on erittäin laaja, eikä komissiolla ole katsottu olevan velvollisuutta osoittaa, että tuki tosiasiallisesti vääristää kilpailua, vaan riittää, että kilpailun vääristyminen on mahdollista tuen myötä.⁶⁸ Tämä valtiontuen tunnusmerkki täyttyy komission tapauskäytännössä varsin helposti. Tuen vähäinen määrä, yrityksen pieni koko tai vähäinen markkinaosuus eivät sulje pois kilpailun vääristymän mahdollisuutta, etenkin jos kilpailu on kovaa kyseisillä markkinoilla.

7.6 Toimenpide vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan

SEUT 107 artikla edellyttää lopuksi, että toimenpide ”vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan”. Tätä edellytystä tulkitaan yhdessä kilpailun vääristymistä koskevan edellytyksen kanssa. Kauppavaikutuskriteerin täyttymisen kynnys on varsin alhaalla ja riittävää on, että tuella saattaa olla vaikutusta jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.⁶⁹ Tämänkin valtiontuen tunnusmerkki täyttyy komission tapauskäytännössä hyvin helposti. Tuen on siten katsottava vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan, kun valtion varoista myönnetty tuki vahvistaa yrityksen asemaa suhteessa muihin kilpailuviin yrityksiin.⁷⁰

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännössä kauppavaikutuskriteerin on katsottu täyttyvän siitä riippumatta, osallistuuko tuensaja itse jäsenvaltioiden väliseen kauppaan. Kun jäsenvaltio myöntää tukea yritykselle, jäsenvaltioiden sisäinen liiketoiminta voi tämän johdosta pysyä ennallaan tai lisääntyä. Tästä johtuen muihin jäsenvaltioihin sijoittautuneiden yritysten mahdollisuudet päästä tuon jäsenvaltion markkinoille voivat heikentyä. Kuten edellä tuen kilpailuvaikutuksissa, ei kauppavaikutusten konkreettista toteutumista pääsääntöisesti tarvitse osoittaa. Tässä merkitykselliseksi muodostuu rajanveto sen suhteen onko kyse jäsenvaltioiden rajat ylittävstä kauppavaikutuksesta vai paikallistason kauppavaikutuksesta. Vaikka tuki katsottaisiinkin myönnettyksi vain paikallisesti, totesi EU-tuomioistuin asiassa Italia v. komissio, että ”kun valtion myöntämä tuki vahvistaa yrityksen asemaa jäsenvaltioiden välisessä kaupassa muihin, kilpailuviin yrityksiin verrattuna, tuen on katsottava vaikuttavan jäsenvaltioiden väliseen kauppaan”.⁷¹ Joissakin tapauksissa paikalliset tuet on voitu hyväksyä.⁷²

66 Ks. esim. asia C-66/02 Italia v. komissio.

67 Ks. asiat C-156/98 Saksa v. komissio ja T-92/02 Stadtwerke Schwäbisch Hall.

68 Ks. asia C-372/97 Italia v. komissio.

69 Ks. asiat C-372/97 Italia v. komissio ja C-148/04 Unicredito Italiano.

70 Ks. esimerkiksi T-369/06 Holland Malt BV v. komissio.

71 Unionin tuomioistuimen ratkaisu 2.7.1974 asiassa 173/73 (Kok. 1974 s. 709).

72 Komission tiedonanto 11.1.2012 Euroopan unionin valtiontukisääntöjen soveltamisesta yleisiin taloudellisiin tarkoituksiin liittyvien palvelujen tuottamisesta myönnettävään korvaukseen, EUVL C 008 s. 4-14. Kohta 40.

Tässä tapauksessa Hetli Oy toimii koko valtakunnan alueella, joten kauppavaikutuskriteerin täyttymisestä ei ole suurta kysymystä muiden edellytysten täytyessä.

7.7 Sallitut poikkeukset

Valtiontukia koskee lähtökohtaisesti SEUT 107 artiklan yleinen valtiontukikielto. Valtiontuki ei kaikissa olosuhteissa luonnollisestikaan ole kiellettyä. Tietyissä tilanteissa tuen myöntäminen on välttämätöntä esimerkiksi markkinahäiriöiden poistamiseksi. Tuella voidaan myös rohkaista esimerkiksi investointeja tietyille talouden sektoreille tai maantieteellisille alueille, yritysten teknologiseen kehitykseen, ympäristöstandardien saavuttamiseen sekä korvauksena yleishyödyllisistä SGEI-palveluista. Edellä luvussa 6 on todettu, että SGEI-kriteerit eivät Hetli Oy:n osalta täyty.

SEUT 107 artiklan 2 ja 3 kohdan poikkeukset käsittävät ne tilanteet, joissa tuet soveltuvat tai voivat soveltua yhteismarkkinoille. Komissio on lisäksi antanut runsaasti säädöksiä sekä suuntaviivoja ja tiedonantoja, joilla täsmennetään 107 artiklan 3 kohdan hyväksyttävyyden perusteita. Poikkeuksia kiellosta sisältyy esimerkiksi komission ryhmäpoikkeusasetukseen 651/2014⁷³ tai sektorikohtaisiin suuntaviivoihin (muun muassa yhteisön puitteet tutkimus ja kehitystyöhön sekä innovaatiotoimintaan myönnettävälle valtiontuelle), joissa asetetaan erityisiä ohjeita tuen antamisen yksityiskohdista. Myös unionin tuomioistuimien on luonut periaatteita, joiden nojalla tietyt järjestelyt voidaan saattaa kiellon ulkopuolelle⁷⁴. Tällaiset säännöt ja periaatteet asettavat menettelytapanormeja, joita noudattamalla voidaan välttää tuen katsominen sellaiseksi valtiontueksi, joka ei sovellu sisämarkkinoille. Näistä keskeisimpiä ovat yleinen ryhmäpoikkeusasetus ((651/2014)⁷⁵, vähämerkityksisen tuen asetus (1407/2013/EU), aluetuen suuntaviivat⁷⁶, valtiontuen ja riskipääoman suuntaviivat,⁷⁷ T&K- ja innovaatiotoiminnan suuntaviivat⁷⁸, komission tiedonanto maa-alueita ja rakennuksia koskevista kaupoista⁷⁹,¹⁶ komission tiedonanto valtiontuista takauksina⁸⁰ sekä suuntaviivat valtiontuesta vaikeuksissa olevien yritysten pelastamiseksi ja rakenneuudistukseksi⁸¹.

Valtiontukisääntelyssä on otettu käyttöön yleisenä poikkeuksena ns. vähämerkityksellisiä tukia koskeva de minimis-asetus⁸². Asetuksessa on asetettu kumulatiivinen euro-

73 Komission asetus (EY) N:o 800/2008 tiettyjen tukimuotojen toteamisesta yhteismarkkinoille soveltuviksi perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan mukaisesti, EUVL L 214, 9.8.2008 s. 3-47.

74 Unionin tuomioistuimen ratkaisu 24.7.2003 asiassa C-280/00, Altmark Trans. (Kok. 2003 s. 7747)

75 EUVL C 19/4, 22.1.2014.

76 Aluetuen suuntaviivat (23.7.2013 C 209/1).

77 EYVL C 19/4, 22.1.2014.

78 Tutkimus- ja kehitystyön sekä innovaatiotoiminnan puitteet, EUVL 27.6.2014 C 198/01.

79 EYVL C 209/1997.

80 Komission tiedonanto EY:n perustamissopimuksen 87 ja 88 artiklan soveltamisesta valtiontukiin takauksina EYVL C 155/2008.

81 Komission suuntaviivat (9.7.2014) valtiontuesta rahoitusalan ulkopuolisten vaikeuksissa olevien yritysten pelastamiseen ja rakenneuudistukseen (2014/C249/01).

82 Komission asetus 1407/2013/EU.

määräinen katto (200 000 euroa) kolmen vuoden ajalta, jonka alittavissa tuista ei tarvitse tehdä ilmoituksia tai raportointia Euroopan komissiolle. SGEI-palvelujen osalta vastaava raja on 500 000 euroa.

SEUT 108 artiklan sisältämä niin kutsuttu *stand still* -periaate tarkoittaa, että mahdollisesti kiellettyä valtiontukea ei saa myöntää ennen kuin on selvyys sen lainmukaisuudesta. EU:n neuvoston nk. menettelytapa-asetuksen mukaisesti jäsenvaltion on ilmoitettava tuet komissiolle arvioitaviksi. Tukea koskee komission tutkinnan ajan täytäntöönpanokielto, eli tukea ei saa ottaa käyttöön ennen komission hyväksyntää. Toimenpidekiellon vastaisesti maksetut kielletyt valtiontuet määrätään perittäväksi takaisin. Kiellettyä valtiontukea koskeva viranomaisen päätös saattaa myös tulla kumotuksi hallinnollisen valituksen johdosta. Komissio voi käynnistää joka omasta aloitteestaan tai valituksen johdosta rikkomusmenettelyn.

7.8 Tämän tapauksen arviointia – markkinasijoittajaperiaate

Valtiontukisääntöjen päämääränä on ehkäistä kilpailun vääristyminen ja säilyttää markkinoiden tasapaino. Tästä seuraa, että tukea ovat sellaiset julkisten viranomaisten toimenpiteet, joista yritys saa sellaista etua, jota se ei olisi saanut tavallisissa markkinaolosuhteissa. Kaikkia julkisilla varoilla rahoitettuja toimenpiteitä ei kuitenkaan pidä automaattisesti katsoa valtiontueksi. Julkinen taho voi kanavoida rahaa yrityksiin esimerkiksi omistajan tai sijoittajan roolissa. Valtio ja muu julkisyhteisö voi itse asiassa toimia markkinoilla niin kauan kuin se käyttäytyy samalla tavalla kuin markkinataloudessa ”järkevästi” toimiva yksityinen sijoittaja.

Arvioidessaan yksittäisiä transaktioita valtiontukinäkökulmasta Euroopan komissio ja EU:n tuomioistuimet käyttävät niin kutsuttua markkinasijoittajaperiaatetta (*market economy investor principle*) mitatakseen, onko valtio toiminut markkinaehtoisesti esimerkiksi myydessään kiinteistöjä tai sijoittaessaan pääomaa yrityksiin, vai onko kyse valtiontuesta.⁸³

Julkisen vallan myöntämiä rahoituspaketteja ja muita vastaavia järjestelyitä pidetään valtiontukena, mikäli vastaavissa olosuhteissa toimiva yksityinen sijoittaja ei voisi normaaleissa markkinataloudellisissa olosuhteissa eikä edes pidemmälläkään aikavälillä odottaa saavansa hyväksyttävää tuottoa sijoitetulle pääomalle, lainalle tai muulle rahoitukselle. Mikäli markkinasijoittajatesti osoittaa, että normaali markkinatoimija olisi toiminut valtion tavoin, eli olisi myöntänyt pääomalainan, takauksen tai muun vastaavan rahoituksen vastaavin ehdoin, edun olemassaolo voidaan sulkea pois ja kyse ei ole valtiontuesta. Toisaalta jos julkisen sijoittajan pääomasijoituksella ei pitkälläkään aikavälillä ole mahdollisuutta tuottavuuteen, sitä on pidettävä tukena.

83 Ks. esim. asiat T-98/00 Linde, T-123/97 Salomon ja T-152/99 HAMSA.

Markkinasijoittajaperiaatetta soveltaessa otetaan huomioon vain ne kustannukset, jotka olisivat aiheutuneet yksityiselle toimijalle samassa tilanteessa, eikä sellaisia kustannuksia tai tappioita, jotka valtio julkisena tahona kärsisi. Julkisen sijoittajan ei kuitenkaan aina edellytetä toimivan täysin yksityistä sijoittajaa vastaavalla tavalla, vaan se on unionin tuomioistuinten uudempien ratkaisujen mukaan voinut markkinataloussijoittajaperiaatteen puitteissa hyväksytysti soveltaa esimerkiksi yksityistä pidempää tuotto-odotusta. Käytännössä markkinasijoittajaperiaatteen puitteissa edellytetään, että sijoitus ylittää tietyn kannattavuustason ja luovutetusta pääomasta saadaan kohtuullinen korvaus. Suurin valtiontukiriski liittyy vakavasti velkaantuneisiin yhtiöihin, joiden osalta yhtiön konkurssi tai yrityssaneeraus olisi vakavasti otettava vaihtoehto ilman julkisen vallan tukea.

Samoin EU:n tuomioistuimet ovat kehittäneet ”yksityisen velkojan testin”, jonka avulla voidaan tutkia, liittyykö julkisten velkojen kanssa käytäviin velkaneuvotteeluihin valtiontukea. Testissä verrataan julkisen velkojan käyttäytymistä hypoteettisen yksityisen velkojan käyttäytymiseen vastaavassa tilanteessa. Lisäksi oikeuskäytännössä on luotu ”yksityisen myyjän testi”, jonka avulla voidaan arvioida, liittyykö julkisyhteisön toteuttamaan myyntiin valtiontukea, kun otetaan huomioon, olisiko yksityinen myyjä voinut saada saman tai paremman hinnan tavanomaisissa markkinaolosuhteissa.

Viimeksi mainitut testit ovat muunnelmia samasta perusajatuksesta, jonka mukaan *julkisyhteisöjen toimintaa olisi verrattava yksityisten talouden toimijoiden toimintaan tavanomaisissa markkinaolosuhteissa sen määrittämiseksi, voiko julkisyhteisöjen toteuttamista taloudellisista transaktioista koitua etua niiden vastapuolille*. Sen vuoksi komissio viittaa tässä tiedonannossa yleisesti ”markkinataloustoimijaa” koskevaan testiin asianmukaisena menetelmänä arvioitaessa, toteutetaanko julkisyhteisöjen taloudelliset transaktiot tavanomaisissa markkinaolosuhteissa ja koituuko niistä etua (jota ei olisi tapahtunut tavanomaisissa markkinaolosuhteissa) kyseisille vastapuolille.

EU-tuomioistuimen mukaan *valikoivuutta* koskevan edellytyksen osalta on ratkaistava, onko tietyssä oikeudellisessa järjestelmässä jokin kansallinen toimenpide omiaan suosimaan jotakin yritystä tai tuotannonalaa verrattuna muihin, jotka ovat kyseisellä järjestelmällä asetetun tavoitteen kannalta siihen rinnastettavassa tosiasiallisessa ja oikeudellisessa tilanteessa.⁸⁴ Yksityisen sijoittajan kriteerin soveltamisella pyritään määrittämään, onko valtion varoista muodossa tai toisessa myönnetty taloudellinen etu vaikutustensa johdosta sellainen, että se vääristää tai uhkaa vääristää kilpailua ja vaikuttaa jäsenvaltioiden väliseen kauppaan.⁸⁵ Kyseisellä arviointiperusteella pyritään estämään se, että tukea saavan julkisen yrityksen taloudellinen tilanne olisi valtion

84 Ks. esim. Eventech, C-518/13, EU:C:2015:9, 55 kohta sekä tuomio Mediaset v. komissio, C-403/10 P, EU:C:2011:533, 36 kohta)

85 Esim. komissio v. EDF ym., 89 kohta.

varoista peräisin olevan toimen johdosta edullisempi kuin sen kilpailijoiden.⁸⁶ SEUT 107 artiklan 1 kohdassa ei tehdä eroa valtion toimenpiteen syiden tai tavoitteiden perusteella, vaan se määrittellään sen vaikutusten perusteella.⁸⁷

Tässä tapauksessa tiedossa olevat valtion investoinnit Hetli Oy:een ilmenevät alla olevasta taulukosta.



Edellä olevan kalvon mukaan vuonna 2018 rahoitusta olisi ainakin 2,3 miljoonaa euroa. Vuonna 2019 tarvittavan rahoituksen budjettiarvo on 3 miljoonaa euroa. Vuoden 2020 pääomitarpeeksi on arvioitu 2 miljoonaa euroa. Lisäksi olisi varattava Maakuntien TAHE-palveluiden perustamiseen noin 20 miljoonaa euroa sillä täsmennyksellä, että Hetli-toteutukset on ohjattava Hetlin rahoitukseksi.

Edellä olevan perusteella ei ole aivan selvää, millä perusteilla rahaa Hetliin kanavoidaan. Määritelmien epämääräisyydestä johtuen ainakin mahdollista on, että Hetli Oy:lle myönnetään niin kutsuttua *toimintatukea*. Toimintatuella tarkoitetaan tukea, joka valuu tietyn yrityksen toiminnan tukemiseen. *Toimintatukeen suhtaudutaan EU:n valtiontukisäännöstössä erittäin kielteisesti*. Yleislähtökohta on, että tuki tulee kohdistaa markkinapuutteeseen ja järjestely tulee suunnitella siten, että tuen kilpailua vääristävät vaikutukset rajautuvat minimiin. Tässä tapauksessa ongelmallista on se, että SOTE TAHE -palveluita on ollut mahdollista tuottaa myös ilman valtiontukea, esimerkiksi ostamalla niitä niiden tuottamiseen erikoistuneilta yrityksiltä.

⁸⁶ Ks. komissio v. EDF ym., 90 kohta.

⁸⁷ Ks. komissio v. EDF ym., 77 kohta ja Bouygues ja Bouygues Télécom v. komissio ym., yhdistetyt asiat C-399/10 P ja C-401/10 P, EU:C:2013:175, 102 kohta.

.....

EU:n valtiontukivalvonta kuuluu Euroopan komission toimivaltaan. Valtiontukien valvonnan peruserä on, että jäsenvaltioiden tulee tehdä valtiontuestaan ilmoitus komissiolle (SEUT 108 artikla 3 kohta) ja komissiolla on yksinomainen toimivalta päättää, soveltuuko tuki sisä- markkinoille. Jäsenvaltiot eivät saa panna tukiohjelmia tai tapauskohtaisia tukia täytäntöön ennen komission antamaa hyväksyntää. Mikäli ilmoitusvelvollisuutta ei ole täytetty, myös kansallinen tuomioistuin voi kumota tehdyn tukipäätöksen. Tämä seuraa Suomen jäsenyysoikeuksista, joiden noudattamisen valvonta kuuluu hallinnon ohella tarpeen vaatiessa myös tuomioistuimille.

Pääomasijoitusten osalta valtiontukisäännösten soveltamisen kannalta keskeinen kysymys kuuluu, sijoittaisiko markkinasijoittaja yhtiöön vastaavin perustein. Kuten edeltä ilmenee, SEUT 107 artiklan 1 kohdassa valtiontuella tarkoitetaan valtion varoista muodossa tai toisessa myönnettyä tukea. Pääomasijoituksen muodossa myönnetty tuki kuuluu SEUT 107 artiklan 1 kohdan sisältämän kiellon soveltamisalaan, jos kyseisessä määräyksessä esitetyt edellytykset täyttyvät.⁸⁸

Sen määrittämiseksi, onko transaktio markkinaehtojen mukainen, transaktiota voidaan arvioida niiden ehtojen valossa, joiden perusteella vastaavat yksityiset toimijat ovat toteuttaneet vastaavanlaisia transaktioita vastaavassa tilanteessa (vertailuanalyysi).

Asianmukaisen vertailuarvon selvittämiseksi on kiinnitettävä erityistä huomiota siihen, minkä tyyppisestä toimijasta on kyse (esimerkiksi holdingyhtiö, spekulatiivinen rahasto tai sijoittaja, joka pyrkii varmistamaan voitot pitkällä aikavälillä), transaktiityyppiin (esimerkiksi pääomaosakkuus tai velkatapahtuma) ja kyseessä oleviin markkinoihin (esimerkiksi rahoitusmarkkinat, nopeasti kasvavat teknologiamarkkinat, yleishyödylliset markkinat tai infrastruktuurimarkkinat). Transaktioiden ajoituksella on myös erityistä merkitystä silloin, kun merkittävää taloudellista kehitystä on tapahtunut. Tarvittaessa saatavilla olevia markkinoiden vertailuarvoja on tarpeen mukauttaa valtion toteuttaman transaktion erityispiirteiden mukaisesti (esimerkiksi tuensaajayrityksen tilanne ja merkitykselliset markkinat). Vertailuanalyysi ei ehkä ole sopiva keino määrittää markkinahintoja, jos käytettävissä olevia vertailuarvoja ei ole määritetty markkinanäkökohtien perusteella tai julkiset tukitoimet ovat merkittävästi vääristäneet voimassa olevia hintoja.

Vertailuanalyysillä ei useinkaan määritetä yhtä tarkkaa viitearvoa vaan pikemminkin useita mahdollisia arvoja arvioimalla keskenään vertailukelpoisten transaktioiden joukkoa. Jos arvioinnin tarkoituksena on tarkastella, onko valtion toimenpide markkinaehtojen mukainen, tavallisesti on asianmukaista tarkastella keskimääräisen suunnauksen mittoja, kuten keskenään vertailukelpoisten transaktioiden joukon keskiarvoa tai mediaania.

88 Tuomio SA Intermills, 323/82, EU:C:1984:345, 31 kohta ja tuomio Belgia v. komissio, 234/84, EU:C:1986:302, 13 kohta.

Se, että julkisyhteisöllä on aiempi taloudellinen riski suhteessa yritykseen, on otettava huomioon tarkasteltaessa, onko transaktio markkinaehtojen mukainen, sillä edellytyksellä, että vastaavalla yksityisellä toimijalla voisi olla tällainen aiempi riski (esimerkiksi yrityksen osakkaana).

Aiemmat riskit on otettava huomioon markkinasijoittajatestiä varten laadittavissa vaihtoehtoisissa skenaarioissa. Esimerkiksi jos vaikeuksissa olevalle julkiselle yritykselle myönnetty toimenpide koostuu omasta pääomasta tai velasta, tällaisen sijoituksen tuottoa olisi verrattava yrityksen likvidaatiota koskevan vaihtoehtoisen skenaarion mukaiseen odotettuun tuottoon. Jos likvidaatiosta johtuvat voitot ovat suuremmat tai tappiot pienemmät, järkevä markkinataloustoimija valitsisi tämän vaihtoehdon. Tätä tarkoitusta varten huomioon otettaviin likvidaatiokustannuksiin ei pitäisi sisältyä kustannuksia, jotka liittyvät viranomaisten velvollisuuksiin, vaan ainoastaan sellaiset kustannukset, jotka aiheutuisi järkevälle markkinataloustoimijalle, ottaen huomioon myös sosiaalisen, taloudellisen ja ympäristöön liittyvän toimintaympäristön muutokset.

Toimeksiannon yhteydessä saatu aineisto ei sisällä aineistoa, jonka perusteella olisi mahdollista arvioida, missä määrin valtion Hetliin tekemä sijoitus vastaa tai poikkeaa siitä, millä ehdoin markkinoilla toimiva yksityinen sijoittaja sijoittaisi pääomaa vastaavaan yhtiöön. Tällaisen arvion tekeminen edellyttäisi pääsyä yhtiön kirjanpitoaineistoon ja vertailuaineistoa, jonka perusteella valtion sijoituksen markkinaehtoisuuteen voitaisiin ottaa kantaa.

EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan edellytykset, jotka toimenpiteen on täytettävä, jotta se kuuluisi SEUT 107 artiklassa tarkoitetun tuen käsitteen piiriin, eivät täyty, jos tukea saanut yritys saattoi saada saman edun kuin etu, joka sille annettiin valtion varoista, olosuhteissa, jotka vastaavat tavanomaisia markkinaehtoja, ja tämä arviointi tehdään lähtökohtaisesti soveltamalla markkinataloudessa toimivan yksityisen sijoittajan kriteeriä.⁸⁹ Sen selvittämiseksi, onko pääomasijoitusta koskeva toimenpide katsottava valtiontueksi, on käytettävä arviointiperustetta, joka perustuu yrityksen mahdollisuuksiin saada kyseiset rahamäärät yksityisiltä pääomamarkkinoilta. Jos yhtiön pääoma on julkisen vallan omistuksessa, on erityisesti arvioitava, olisiko ennustettavissa olevien kannattavuusnäkemysten perusteella toimiva yksityinen osakkeenomistaja - jos ei oteta huomioon yhteiskunnallisia, terveyteen, aluepolitiikkaan tai vastaavaan syyhyn liittyviä sekä alakohtaisia tekijöitä - tehnyt samanlaisissa olosuhteissa kyseisen kaltaisen pääomasijoituksen.

Siten ratkaistaessa kysymystä siitä, olisiko yksityinen sijoittaja, jonka tilanne vastasi mahdollisimman tarkasti valtion tilannetta, toteuttanut saman toimenpiteen tavanomaisissa markkinaolosuhteissa, huomioon otetaan ainoastaan edut ja velvollisuudet,

89 Ks. Italia v. komissio, C-303/88, EU:C:1991:136, 20 kohta, tuomio Ranska v. komissio, C-482/99, EU:C:2002:294, 68–70 kohta ja tuomio komissio v. EDF ym., C-124/10 P, EU:C:2012:318, 78 kohta.

.....

jotka liittyvät valtion tilanteeseen osakkeenomistajana, ja valtioon julkisen vallan käyttäjänä liittyvät edut ja velvollisuudet jätetään huomiotta. Jos julkisen sijoittajan pääomasijoituksissa ei lainkaan oteta huomioon edes pitkän aikavälin kannattavuusnäkyviä, kyseisiä sijoituksia on pidettävä SEUT 107 artiklassa tarkoitettuna tukena.⁹⁰

Tässä tapauksessa markkinasijoittajaperiaatteesta seuraa, että mikäli valtio myöntää Hetlille pääomasijoituksen, lainan tai takauksen, tulee jo ennakoon testata lainan ja lainaprovision markkinaehtoisuus, jotta voidaan myöhemmin tarpeen vaatiessa osoittaa, että lainaehdot ja/tai takausprovisio on markkinaehtoinen.

Julkisen vallan tekemästä pääomasijoituksesta saatava hyöty on se, että pääomasijoituksen tehnyt antanut julkinen taho vastaa sijoitukseen liittyvästä riskistä.

Arvioidessaan yksittäisiä transaktioita, esimerkiksi pääomasijoituksia valtiontukinäkökulmasta Euroopan komissio ja EU:n tuomioistuimet käyttävät takausten ja muidenkin järjestelyiden arvioinnissa edellä jo mainittua *markkinataloussijoittajaperiaatetta* (*market economy investor principle*) mitatakseen, onko valtio toiminut markkinaehtoisesti vai onko kyse valtiontuesta. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan komission on perustettava arvionsa markkinataloudessa ”järkevästi” toimivan sijoittajan periaatteelle.⁹¹ Sen vuoksi on otettava huomioon edunsaajayrityksen tosiasialliset mahdollisuudet saada vastaavaa rahoitusta pääomamarkkinoilta. Valtiontuki ei ole kyseessä, kun uusi rahoituslähde luodaan ehdoilla, jotka yksityinen toimija voisi markkinatalouden tavanomaisin ehdoin hyväksyä.

Sen määrittämiseksi, seuraako esimerkiksi pääomasijoituksesta, takauksesta tai takausjärjestelmästä etua, on otettava huomioon edunsaajayrityksen tosiasialliset mahdollisuudet saada vastaavaa rahoitusta pääomamarkkinoilta. Valtiontuki ei ole kyseessä, mikäli uusi rahoituslähde luodaan ehdoilla, jotka yksityinen toimija voisi markkinatalouden tavanomaisin ehdoin hyväksyä.

Ensimmäiseksi siis pitää katsoa, onko pääomasijoitus markkinaehtoinen, eli olisiko yritys voinut saada takauksen samoilla ehdoilla yksityisiltä markkinoilta. Kyseessä ei ole valtiontuki silloin, kun takauksesta maksettu hinta on vähintään yhtä korkea kuin vastaava rahoitusmarkkinoilla esiintyvä takauksen viitemaksu. Markkinahinnan määrittämiseksi on otettava huomioon takauksen ja siihen liittyvän lainan ominaispiirteet. Näihin kuuluvat mm. rahoitustoimen määrä ja kesto, lainanottajan antama vakuus ja muut tiedot, jotka vaikuttavat takaisinperintäasteen arviointiin, maksujen laiminlyöntien todennäköisyys lainanottajan taloudellisen tilanteen vuoksi, lainanottajan toimiala ja näkymät sekä muut taloudelliset olosuhteet.

90 Ks. Italia v. komissio, C-303/88, 22 kohta ja tuomio Corsica Ferries, yhdistetyt asiat C533/12 P ja C536/12 P, EU:C:2014:2142, kohta 39.

91 Ks. esim. asiat T-98/00 Linde, T-123/97 Salomon ja T-152/99 HAMSA.

Mikäli sijoitus ei ole markkinaehtoinen, pitää toimenpiteelle laskea avustusekvivalenssi, jolla määritellään tuen määrä. Useimmiten tämä lasketaan siten, että korkotuki on markkinakoron ja valtiontakauksen mahdollistaman koron erotus sen jälkeen, kun mahdolliset takausmaksut on vähennetty. Tällä tavalla määritelty tuki on ilmoitettava komissiolle, joka tutkii tuen soveltuvuuden yhteismarkkinoille.

7.9 Mahdollinen kilpailun vääristyminen

Valtion toimenpiteen katsotaan vääristävän tai uhkaavan vääristää kilpailua, jos se on omiaan parantamaan tuensaajan kilpailuasemaa verrattuna muihin yrityksiin, joiden kanssa se kilpailee. Käytännössä kilpailun katsotaan yleensä vääristyvän perussopimuksen 107 artiklan 1 kohdan mukaisesti, jos valtio myöntää taloudellista etua yritykselle kilpailulle vapautetulla alalla, jolla on tai voisi olla kilpailua.

Tässä yhteydessä on todettava nimenomaisesti, että vaikka Hetli on sidosyksikkö (in-house-yksikkö) tästä ei vielä seuraa, ettei kyseessä voisi olla kielletty valtiontuki. Euroopan komission tiedonannossa Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01) todetaan tiedonannon kohdassa 188 nimenomaisesti seuraavaa: ”Se, että viranomaiset antavat julkisen palvelun sisäisen palveluntuottajan tehtäväksi (vaikka niillä oli vapaus antaa tämän palvelun tuottaminen ulkopuolisille), ei sinänsä riitä sulkemaan pois mahdollista kilpailun vääristymistä.”⁹²

Mahdollinen kilpailun vääristyminen on kuitenkin saman tiedonannon kohdan 189 suljettu pois, jos seuraavat kumulatiiviset edellytykset täyttyvät⁹³:

- a) tiettyä palvelua koskee lakisääteinen monopoli (joka on perustettu unionin lainsäädännön mukaisesti)⁹⁴;
- b) lakisääteinen monopoli sulkee sekä kilpailun markkinoilla että pääsyn markkinoille niin, että kaikki mahdollinen kilpailu suljetaan pois markkinoilta ja palveluntarjoajasta tulee kyseisen palvelun ainoa tarjoaja⁹⁵;
- c) palvelu ei kilpaile muiden palvelujen kanssa; ja
- d) jos palveluntarjoaja toimii toisilla markkinoilla (maantieteellisillä tai tuotemarkkinoilla), jotka ovat avoimena kilpailulle, ristiintukeminen on suljettava

92 Ks. Euroopan komission tiedonanto Euroopan unionin toiminnasta tehdyn sopimuksen 107 artiklan 1 kohdassa tarkoitettua valtiontuen käsitteestä (2016/C 262/01), kohta 188.

93 Em. tiedonanto, kohta 189.

94 Lakisääteinen monopoli on kyseessä silloin, kun tietyn palvelun tuottaminen on varattu laissa tai sääntelytoimenpitein yksinoikeudella toimivalle palveluntarjoajalle ja muita samaa palvelua tarjoavia toimijoita on selkeästi kielletty tuottamasta kyseistä palvelua (ei edes tiettyjen asiakasryhmien taholta mahdollisesti vielä jäljellä olevaan kysyntään vastaamiseksi). Pelkästään se, että julkisen palvelun tehtävä on uskottu tietylle yritykselle, ei kuitenkaan tarkoita, että tällaisella yrityksellä on lakisääteinen monopoli.

95 Unionin yleisen tuomioistuimen tuomio 16.7.2014, Saksa v. komissio, T-295/12, ECLI:EU:T:2014:675, 158 kohta; komission päätös, tehty 7 päivänä heinäkuuta 2002, valtiontuesta N:o N 356/2002 – Yhdistynyt kuningaskunta – Network Rail (EYVL C 232, 28.9.2002, s. 2), johdanto-osan 75, 76 ja 77 kappale. Esimerkiksi jos toimilupa myönnetään tarjouskilpailussa, markkinoilla on kilpailua.

.....

pois. Tämä edellyttää, että käytetään erillistä kirjanpitoa, että kustannukset ja tuotot kohdennetaan asianmukaisesti ja että lakisääteisen monopolin piiriin kuuluvalla palvelulle myönnetty julkinen rahoitus ei voi hyödyttää muita toimintoja.

Vaikuttaa siltä, ettei Hetli Oy nykyisellään täytä kaikkia näitä edellytyksiä. Hetli Oy:tä ei näytetä eristetyn sote-markkinoista komission tiedonannossa kuvatulla tavalla siten, että kielletyn valtiontuen ilmeneminen voitaisiin sulkea pois.

Toisaalta on mahdollista argumentoida, että jos sidosyksikköasemassa oleva yksikkö ei tuota palveluita kuin ainoastaan omistajilleen, niin tuolloin käytännössä valtiontukisääntelyyn liittyvät seikat eivät ehkä voisi riittävästi konkretisoitua. Joka tapauksessa on selvää, että jos sidosyksikköasemassa oleva toimija myy vähänkään palveluita omistajakunnan ulkopuolelle, niin tuolloin valtiontukisäännökset aktualisoituvat. Sidosyksikkösääntelyn avulla on monissa tilanteissa mahdollisuus hankintalain mukaisesti tehokkaasti rajata markkinoita siten, ettei palveluita ole välttämätöntä kilpailuttaa hankintalain mukaisesti vaan julkinen sektori voi valitulla tavalla yhdistää omat resurssit ja osaamisen sidosyksikkönä olevaan yhtiöön. Toisaalta valtiontukisääntelyn näkökulmasta Euroopan komission nimenomaisena tavoitteena on kaventaa sidosyksikköpuolustuksen käyttöalaa valtiontukiasioissa, kuten edellä siteeratun valtiontuen määritelmää koskevan tiedonannon kohdista 188 ja 189 käy ilmi. Sidosyksikköasema ei siten enää nykyisin näyttäisi yksinään suojaavan valtiontukiriskeiltä. Toisaalta komission linjausten oikeellisuuden SEUT 107 artiklan näkökulmasta ratkaisee viime kädessä EU-tuomioistuim.

Valtiontukiarvioinnin osalta relevantti seikka on myös se, sidosyksikön määritelmä ei näyttäisi täyttyvän sen johdosta, että Hetli Oy ei ole sillä tavalla maakuntien määräysvallassa kuin mitä julkisista hankinnoista annetun lain 15 §:ssä ja EU:n hankintadirektiiveissä edellytetään. Tätä kysymystä on käsitelty edellä selvityksen luvussa 6.

On myös huomattava, että julkinen tuki on omiaan vääristämään kilpailua, vaikka se ei auta tuensaajayritystä laajentumaan ja lisäämään markkinaosuuttaan. Riittää, että yritys pystyy tuen avulla säilyttämään vahvemman kilpailuaseman, kuin sillä olisi ollut ilman tukea. Jotta tuen voidaan katsoa vääristävän kilpailua, pidetään yleensä riittävänä, että tuki antaa tuensaajalle etua vapauttamalla sen kustannuksista, joista sen olisi muuten vastattava osana tavanomaista liiketoimintaansa. Valtiontuen määritelmä ei kuitenkaan edellytä, että kilpailun vääristyminen tai vaikutus kauppaan on merkittävää tai olennaista. Vaikka tuen määrä on vähäinen tai että tuensaajayritys on pieni, tämä ei sinänsä sulje pois kilpailun vääristymistä tai sen uhkaa, edellyttäen kuitenkin, että tällaisen kilpailun vääristymisen todennäköisyys ei ole pelkästään hypoteettinen.

Tässä tapauksessa huomio kiinnittyy siihen, että toimeksisaajalta saatujen vertailulaskelmien mukaan Hetli Oy:tä edeltänyt valtion omistama toimija ei vaikuta erityisen

kilpailukykyiseltä, vaan sen tarjoamat palveluhinnat ovat olleet merkittävästi kunnan palveluyhtiöitä korkeammat. Jo aiemmin on havaittu, ettei pelkkä liikelaitostaminen estä valtiontukiongelmien syntymistä.⁹⁶

Komissio ottaa edellä käsitellyssä valtiontukia koskevassa tiedonannossa selvän kannan siihen, että myös in house -toiminta voi olla taloudellista toimintaa, johon sovelletaan EU:n valtiontukisääntöjä. Tilanne voi olla tällainen erityisesti silloin, kun in house -yksikkö tarjoaa palveluita sisäisesti mutta myös tuottaa niitä korvausta vastaan muille asiakkaille, tai milloin tuleen liittyvä ristiin tukeminen vääristää kilpailua markkinoilla.

On siten mahdollista, että Hetlin toimintaan saattaa liittyä valtiontukiongelmia, vaikka Hetli tarjoaisi palveluja vain maakunnille. Tämä johtuu siitä, että sen toiminta sidosyksikkönä tai inhouse-yksikkönä ei mitenkään automaattisesti vie sen toimintaa valtiontukisäännösten ulkopuolelle. Päinvastoin, edellä käsitellyssä Euroopan komission tiedonannossa edellytetään tätä laajempaa ”eristämistä” markkinoista. Mikäli Hetli ryhtyisi myymään palveluja maakunnille niiden toimiessa markkinoilla, tämän voidaan katsoa varsin kohtuullisen laukaisevan kiellettyyn valtiontukeen liittyvän kilpailun vääristymisen tunnusmerkistön. Sama on tilanne, mikäli Hetli Oy:n tulo markkinoille vääristää kilpailua esimerkiksi valtion harjoittaman ristiin tukemisen seurauksena.

7.10 Valinnanvapauslaki ja yhtiöittämisen tilalle esitetyt järjestelyt

Perustuslakivaliokunta katsoi kesällä 2017 antamassaan lausunnossa, että yhtiöittämismisvelvollisuus perustuu kansalliseen lainsäädäntöön ja että yhtiöittämismisvelvollisuus seuraa valitusta valinnanvapausmallista. Näin ollen sote-palvelujen yhtiöittämistä on arvioitava kansallisen liikkumavaran sekä perus- ja ihmisoikeuksien kannalta. Hal-

96 Liikelaitosmallista valtion yritystoiminnan oikeudellis-organisatorisena muotona on luovuttu olennaisesti juuri EU:n kilpailuoikeudesta seuraavien pakottavien vaatimusten vuoksi. Hallituksen esityksessä viitataan tältä osin nimenomaisesti Destia-päätökseen. Vuonna 2010 säädetyin valtion liikelaitoslain mukaan liikelaitos voi harjoittaa enää ainoastaan edellä kuvattua inhouse-toimintaa. Valtion liikelaitoksista annetun lain 1 §:n mukaan valtion liikelaitos tuottaa palveluja valtion virastoille ja laitoksille, valtion talousarvion ulkopuolisille rahastoille ja muille valtion liikelaitoksille samoin kuin eduskunnalle sekä sen alaisuudessa, valvonnassa ja yhteydessä toimiville yksiköille. Lisäksi liikelaitos voi tuottaa palveluja myös sellaisille yhteisöille, joiden toiminta rahoitetaan pääosin valtion talousarvioon otetulla määrärahalta. Ratkaisun on menty juuri Destia-päätöksen luoman valtiontukiongelman poistamiseksi sekä yleisemmin, jotta kilpailuneutraliteetin turvaamiseksi saadaan yleisemminkin estettyä tilanteet, joissa valtion itse harjoittaman liiketoiminnan seurauksena vääristetään kilpailua yksityisillä markkinoilla. Palmia-tapauksen seurauksena sama ratkaisu on toteutettu kuntapuolella. Kuntalakiin vuonna 2013 lisätyllä 2 a §:llä (626/2013) säädettiin kuntien velvollisuudesta yhtiöittää markkinoilla toimivat liikelaitoksensa. Säännöksen mukaan kunnan hoitaessa 2 §:ssä tarkoitettua tehtävää kilpailutilanteessa markkinoilla sen on annettava tehtävä osakeyhtiön, osuuskunnan, yhdistyksen tai säätiön hoidettavaksi. Lainmuutosta koskevassa hallituksen esityksessä (HE 32/2013 vp) viitattiin juuri Palmia-tapaukseen. Kuntalain mukaan kuntien markkinoilla kilpailutilanteessa toimivat liiketoiminnot tuli yhtiöittää vuoden 2014 loppuun mennessä. Osakeyhtiömuodossa kuin malleissa, joissa läpinäkyvyys on vaikeammin toteutettavissa.

lituksen esittämä tulkinta yhtiöittämisvelvollisuudesta silloisessa valinnanvapausmallissa ei ollut perustuslakivaliokunnan mukaan perusteltu. Perustuslakivaliokunta katsoi, että sote-palveluissa ovat määräävinä solidaarisuusperiaate (verovarilla kustannetut palvelut kaikille kansalaisille) ja lakisääteiset tehtävät. Näin ollen sote-palveluiden rakenne ja voimavarat on jäsenvaltioiden toimivallassa, ei EU:n asia. Perustuslakivaliokunnan huolena näyttää olleen sellaisen tilanteen estäminen, jossa siten soten toteuttamistavan seurauksena päätösvaltaa siirtyy Suomesta EU:n toimielimille.

Näin ollen valinnanvapausmallista ei katsottu eurooppaoikeudellisesti seuraavan yhtiöittämisvelvollisuutta. Mikäli valinnanvapaus toteutetaan yhtiöittämisen keinoin, arvioitaisiin suomalaista sosiaali- ja terveydenhuolto jatkossa EU-oikeudessa tarkoitettuna taloudellisena toimintana. Perustuslakivaliokunnan mukaan ”Valtioneuvoston on jatkossa huolehdittava erityisen tarkasta lakiehdotusten EU-oikeudellisesta arviosta tarvittaessa yhteistyössä EU:n viranomaisten kanssa”. Yhtiöittämisvelvollisuutta ei oltu perusteltu riittävällä ja asianmukaisella tavalla.

Valinnanvapauspalveluiden yhtiöittämisvelvollisuudesta on uudessa lakiluonnoksessa luovuttu. Kuntaliiton mukaan on päädytty ratkaisuun, joka käytännössä johtaa miltei samaan lopputulokseen kuin aikaisempi lakiin perustuva yhtiöittämisvelvollisuus. Allekirjoittaneelta on pyydetty kannanottoa, onko tällä pois suljettu riski, että maakuntien liikelaitosten tuottamat valinnanvapauspalvelut arvioitaisiin EU-sääntelyn näkökulmasta markkinaehtoiseksi EU:n toimivaltaan kuuluvaksi taloudelliseksi toiminnaksi.

Ehdotetussa valinnanvapausmallissa on perustuslakivaliokunnan vaatimuksesta luovuttu maakunnan velvollisuudesta yhtiöittää valinnanvapauden piirissä olevien palveluiden tuotanto. Samalla asiakassetelin käyttöalaa on laajennettu, mikä merkinnee yksityisen palvelutuotannon lisääntymistä.

Maakuntien liikelaitokset voisivat liikelaitosmuodossa tuottaa valinnanvapauden piirissä olevia palveluita yksityisen sote-keskusten rinnalla. Myös maakunnat voisivat perustaa valinnanvapauspalveluita tuottavia yrityksiä. Lakiluonnoksen mukaan maakunnan tuottaessa valinnanvapauspalveluita liikelaitoksessaan sen tulee noudattaa seuraavia periaatteita:

- a) Palvelut tulee eriyttää kirjanpidollisesti ja valinnanvapauspalveluille tulee tehdä oma tilinpäätös (tuloslaskelma, tase ja rahoituslaskelma) sekä laatia toimintakertomus (56 §)
- b) Maakunnan tulee rahoittaa omia valinnanvapauspalveluitaan samoilla perusteilla kuin yksityisiä valinnanvapauspalveluita tuottavia yrityksiä (64 §)
- c) Maakunnan on hinnoiteltava valinnanvapauspalveluita tuottavalle taseyksikölleen tarjoamansa tuki- ym. palvelut markkinaperusteisesti (61 §)
- d) Kilpailu- ja kuluttajavirasto valvoo julkisten ja yksityisen palveluiden tasapuo-

listen toimintaedellytysten turvaamista maakunnan tuottamien valinnanvapauspäalveluiden osalta (62 §)

- e) Maakunta on velvollinen maksamaan veroa valtiolle ja kunnalle suoran valinnan palveluiden maakunnalle tuottamasta tulosta yhteisön tuloveroprosentin mukaan (tuloverolain 21 d §).

Kuntaliiton lausunnossa on katsottu, että

”[käytännössä edellä mainittu tarkoittaa, että maakunnan liikelaitoksen tuottaessa itse valinnanvapauspäalveluita sen tulee markkinoiden näkökulmasta toimia pitkälti samalla tavalla kuin esimerkiksi osakeyhtiön, vaikka toiminta ei muodollisesti tapahdukaan yhtiömuodossa. Tähän liittyy useita lakiluonnoksessa vielä ratkaisemattomia kysymyksiä. Tällainen on esimerkiksi, mikä vaikutus maakunnan taloudellisissa vaikeuksissa olevalle valinnanvapaustaseyksikölleen osoittamalla lisärahoituksella on yksityisten valinnanvapauspäalveluiden tuottajien palveluiden rahoitukseen. Lakiluonnoksessa on haettu ratkaisuja, jotka käytännössä johtavat samaan lopputulokseen kuin aikaisempi lakiin perustuva yhtiöittämisvelvollisuus ilman, että maakunnan tarvitsee muodollisesti yhtiöittää tuottamansa valinnanvapauspäalvelut. Tähän saattaa liittyä riski, että maakunnan tuottaessa valinnanvapauspäalveluita sen toiminta lopulta kuitenkin katsottaisiin EU-oikeuden näkökulmasta yhtiöittämisvelvollisuuden piirissä olevaksi markkinaehtoiseksi taloudelliseksi toiminnaksi, jolloin sosiaali- ja terveystalvetuja koskeva säätely siirtyisi Euroopan unionin toimivaltaan.”

Allekirjoittanut toteaa tältä osin seuraavaa:

Voidaan todeta, ettei sote-päalveluiden samaistaminen Destia, Palmia -tapauksiin toimi yleisellä tasolla. Tämä johtuu siitä, että soten piirissä on hyvin erilaisia palveluita, joista osaa voidaan pitää taloudellisena toimintana ja osaa ei.

Voidaan todeta, että esimerkiksi sairaanhoito erikoissairaalassa pientä maksua vastaan on solidaarisuuteen perustuvaa toimintaa, jota ei voida pitää elinkeinotoimintana. Toisaalta esimerkiksi lääkärikeskuksen pyörittäminen, josta tarjotaan palveluita kuntalaisille maksua vastaan, on elinkeinotoimintaa. Näiden helppojen tapausten välimaastosta löytyy rajatapauksia, joista jokaista on tarkasteltava erikseen ja vasta kokonaisarviointilla voidaan määritellä se, onko kyse elinkeinotoiminnasta vai ei.

Toisaalta asiassa on merkityksellistä se, että tietyn toiminnan pitäminen elinkeinotoimintana (taloudellisena toimintana) ei edellytä sitä, että toimintaa harjoitetaan yhtiömuodossa. Näin ollen yhtiöittäminen ei merkitse sitä, että muuten solidaarisesta toiminnasta tulee elinkeinotoimintaa. Toisaalta ”pakkoyhtiöittämisestä” luopuminen ei merkitse sitä, että toiminta, joka kilpailuoikeudelliselta luonteeltaan on taloudellista toimintaa, ei olisikaan sitä sen vuoksi, että toimintaa harjoitetaan jossain muussa muodossa, esimerkiksi viranomaisessa.

Esimerkiksi tunnetussa oikeustapauksessa Höfner ja Elsner⁹⁷ Saksan työvoimahallinto oli yritys, ei yleisen työnvälityksen osalta, mitä pidettiin viranomaistoimintana, mutta kylläkin siltä osin kuin se harjoitti (samassa organisaatiossa) headhunting-toimintaa. Tässä mielessä yrityksen käsite on EU:n kilpailuoikeudessa funktionaalinen. On tapauskohtaisesti harkittava kunkin toiminnon osalta erikseen, täyttyvätkö taloudellisen toiminnan kriteerit vaiko eivät.

EU:n kilpailusäännöt, mukaan lukien valtiontukisäännöt, soveltuvat taloudellista toimintaa harjoittavaan yksikköön. Taloudellisen toiminnan käsitettä ei määritellä unionin lainsäädännössä, vaan käsitteen sisältö on kehittynyt oikeuskäytännössä. EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan taloudellisesta toiminnasta on kyse, jos hyödykkeitä tarjotaan markkinoilla.⁹⁸ Taloudellisen ja ei-taloudellisen toiminnan rajanvetoon vaikuttavat oleellisesti tapauksen erityispiirteet. Julkisen vallan käyttäminen⁹⁹ on selkeästi muuta kuin taloudellista toimintaa. Sosiaaliturvan järjestäminen määrätyin edellytyksin¹⁰⁰, solidaarisuuden periaatteeseen nojautuva terveydenhuolto¹⁰¹ ja esimerkiksi julkisen varoin rahoitettu kansallinen koulutusjärjestelmä¹⁰² jäävät yleensä taloudellisen toiminnan käsitteen ulkopuolelle. Taloudellisen toiminnan käsite on muotoutunut unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä laajaksi. Taloudellinen toiminta kattaa unionin tuomioistuimen käytännön mukaan hyödykkeiden, eli tavaroiden ja palveluiden tarjoamisen markkinoilla missä tahansa organisaatio- tai rahoitusmuodossa. Ratkaisukäytännössä julkisen toimijan harjoittaman toiminnan luonnetta myös kiinnittämällä huomiota siihen, kilpaileeko toiminta yksityisten yritysten toiminnan kanssa.¹⁰³ Toisaalta taloudellisen toiminnan käsite ei välttämättä edellytä tosiasiallista kilpailutilannetta yksityisten yritysten kanssa. Näin ollen julkisyhteisön toiminta voidaan katsoa taloudelliseksi toiminnaksi, vaikka sen kanssa samoilla markkinoilla ei olisikaan yksityisiä kilpailijoita, vaan merkitsevää on, voisivatko myös yksityiset harjoittaa toimintaa.

Tästä seuraa, ettei yhtiöittämisestä luopuminen sinänsä merkitse, etteikö terveyspalveluiden tuottaminen tulisi siirtymään valinnanvapauspalvelujen osalta enenevässä määrin EU:n kilpailusääntöjen piiriin. Tämä ei johdu niinkään yhtiöittämisestä, vaan markkinaehtoistamisesta. Markkinaehtoistamisella tarkoitetaan tässä yhteydessä sitä, että nyt valmistellun sotien seurauksena terveyspalvelujen tuottamisessa toteutetaan siirtymä viranomaisten tuottamista terveyspalveluista toimintamalliin, jossa valinnanvapauden piiriin kuuluvia palveluja tuottavat yritykset ja muut toimijat markkinaehtoisesti. On vaikeaa kuvitella taloudellisen kilpailun lisäämistä ilman että ta-

97 Asia C41/90, Höfner ja Elsner, Kok., s. I1979.

98 Ks. esimerkiksi asia komissio vs. Italia, 118/85 kohta 7, asia Pavlov, 180-184/98 kohdat 74 ja 75.

99 Ks. esim. Eurocontrol, C-364/92 kohdat 29-30.

100 Asia Pouset ja Pistre C-159/91 ja C-160/91 kohta 13 ja asia AOK Bundesverband C-264/01.

101 Asia Fenin T-319/99 kohdat 39 ja 40.

102 Asia komissio vs. Saksa C-318/05, kohta 68.

103 Ks. tältä osin esim. Fédération Française des Sociétés d'Assurance, C-244/94, Kok. 1995 s. I-4013 sekä Spanish International Courier Services, Euroopan komission päätös 90/456/EY.

loudellinen kilpailu lisääntyisi ja sitä kautta viranomaistoiminta tai yleishyödyllinen (solidaarinen) toiminta muuttuisi enenevässä määrin elinkeinotoiminnaksi.

Toisaalta kilpailuneuraalisuuteen liittyvillä kysymyksillä, joita edellisessä valinnanvapausmallissa pyrittiin ratkaisemaan yhtiöittämisvelvollisuudella, on valtiontukipotentialiaa jatkossa siltä osin, kuin kyse on elinkeinotoiminnasta. Jotta näin ei olisi, edellyttäisi tämä myös konkurssisuojaan liittyvien kysymysten ratkaisemista.¹⁰⁴ Valtiontukeen liittyvät kysymykset ovat toisaalta relevantteja vain siltä osin kuin kyse on taloudellisesta toiminnasta. Kuten edellä on todettu, toiminnan taloudellista luonnetta koskevan kysymyksen ratkaiseminen vaatii tapauskohtaista analyysia.

EU:n valtiontukivalvonta kuuluu Euroopan komission toimivaltaan. Valtiontukien valvonnan peruserä on, että jäsenvaltioiden tulee tehdä valtiontuestaan ilmoitus komissiolle (SEUT 108 artikla 3 kohta) ja komissiolla on yksinomainen toimivalta päättää, soveltuuko tuki sisä- markkinoille. Jäsenvaltiot eivät saa panna tukiohjelmia tai tapauskohtaisia tukia täytäntöön ennen komission antamaa hyväksyntää. Mikäli ilmoitusvelvollisuutta ei ole täytetty, myös kansallinen tuomioistuin voi kumota tehdyn tukipäätöksen. Tämä seuraa Suomen jäsenyysselvotteista, joiden noudattamisen valvonta kuuluu hallinnon ohella tarpeen vaatiessa myös tuomioistuimille. Korkein hallinto-oikeus on todennut valinnanvapauslaista antamassaan lausunnossa 13.12.2017¹⁰⁵, että lainsäädäntöhankkeen valtiontukielementteihin liittyvien epävarmuustekijöiden vuoksi KHO pitää ”oikeusvarmuuden turvaamiseksi ainoana oikeudellisesti kestäväenä menettelytapana” sitä, että lainsäädäntökokonaisuus notifioidaan Euroopan komissiolle SEUT 107 artiklan 3 kohdan nojalla mahdollisesti valtiontukea sisältävänä järjestelmänä.¹⁰⁶ Tämän selvityksen laatija pitää mainittua KHO:n kannanottoa kilpailuoikeudellisesti perusteltuna toimintalinjana.

Espoossa 20. päivänä joulukuuta 2017

Petri Kuoppamäki
Yritysjuridiikan professori, OTT
Kauppa-oikeuden ja oikeustaloustieteen dosentti

104 EU-tuomioistuin käsiteli asiassa La Poste C-559/12 antamassaan päätöksessä 3.4.2014 konkurssisuojaan valtiontukitukisääntöjen näkökulmasta. Ranskan valtioon kiinteästi liittyvään Ranskan postilaitokseen ei sovellettu yleistä konkurssilainsäädäntöä. Käytännössä La Posten velkoja voisi olla varma, että sen saatavat maksetaan takaisin. Tuomioistuin vahvisti, että Ranskan valtion La Postelle myöntämä implisiittinen rajoittamaton takaus saattaa olla kiellettyä valtiontukea. Tapauksessa kyse ei ollut jostain yksittäisestä rahoituspaketista vaan La Posten rakenteesta seuraavasta implisiittisestä valtiontuesta. EU-tuomioistuin vahvisti, että on olemassa oletama siitä, että tällaisen takauksen myöntäminen merkitsee parannusta yrityksen taloudellisessa asemassa, sillä tällainen takaus vähentää rahoitus- ja muita vastaavia kuluja, jotka normaalisti rasittavat yrityksen taloutta. Näissä olosuhteissa yritys voi muun muassa saada lainaa alhaisemmalla korolla tai pienemmillä vakuuksilla. Vaikka itse valtiontuen konkreettisia vaikutuksia koskeva näyttö oli kohtuullisen ohutta, tapauksessa oli riittävää, että komissio oli osoittanut takauksen olemassaolon eikä ollut tarpeen osoittaa takauksen tosiasiallisia vaikutuksia.

105 KHO 13.12.2017, H567/17.

106 KHO:n lausunto, s. 3.