

TAMPEREEN YLIOPISTO
Oikeustieteiden laitos

Kristiina Mäkelä

**HANKINTASÄÄNTELY KUNTIEN VÄLISESSÄ
YHTEISTYÖSSÄ**

Pro gradu -tutkielma
Kunnallisoikeus
Tampere 2008

Tampereen yliopisto

Oikeustieteiden laitos

MÄKELÄ, KRISTIINA: Hankintasäätely kuntien välisessä yhteistyössä

Pro gradu -tutkielma, X + 95 s., 3 liites.

Tammikuu 2008

Kuntien toimintaympäristöissä on tapahtunut merkittäviä muutoksia viimeisimmän kahdenkymmenen vuoden aikana. 1990-luvun taloudellinen taantuma vaikutti kuntatalouteemme heikentävästi. Kunnat ovat joutuneet tehostamaan toimintaansa yhteistyötä tekemällä. Kuntalaki antaa kunnille mahdollisuuden hoitaa niille laissa säädetyt tehtävät itse tai yhteistyössä muiden kuntien kanssa. Julkisten hankintojen säätely perustuu EY-direktiiveihin ja EY-tuomioistuimen päätöksiin. Hankintalainsäädännön mukaan julkiset hankinnat on kilpailutettava laista ilmenevin menettelytavoin.

Suomalaiset hyvinvointipalvelut on tuotettu yksilön oikeuksia korostavista lähtökohdista. Suomessa kunnat huolehtivat julkisten yleishyödyllisten palvelujen järjestämisestä, jossa lähtökohdista ei ole voiton tuottaminen, vaan julkisella rahoituksella tapahtuva tasapuolinen palvelujen turvaaminen koko väestölle, asuinpaikasta ja varallisuudesta riippumatta. Kunnat ovat toimineet pitkälti yhteistyö- ja ostopalvelusopimusten muodoin palvelujen tuottamisessa. Kuntien välinen yhteistyö on kokenut ongelmia hankintasäätelyn taholta. Merkittävä linjaus kuntien välisen yhteistyön ja julkisten hankintojen yhteensovittamisesta saatiin, kun korkein hallinto-oikeus antoi ennakkotapauspäätöksensä vuoden 2004 lopulla niin sanotussa Hangon tapauksessa. KHO:n mukaan Hangon kaupunki ei olisi saanut solmia ilman kilpailutusta sairaankuljetuspalvelujen yhteistyösopimusta Espoon kaupungin hallinnoiman Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen kanssa.

Tutkimuksen tarkoitus on selvittää kuntien välistä yhteistyötä hankinnoissa eri muodoissaan ja niissä esiintynyttä problematiikkaa hankintasäätelyn osalta. *Tutkimuksen päätavoitteena on selvittää, millaisia reunaehtoja hankintasäätely asettaa kuntien väliselle yhteistyölle hankintojen osalta.* Tutkimustehtävää lähestytään tutkimuskysymyksillä:

- 1) onko kuntien välinen yhteistyö palveluhankintojen osalta kuntien välistä yhteistyötä kuntalain edellyttämässä muodossa vai hankintalainsäädännön mukaista kilpailutettavaa hankintatoimintaa?
- 2) millä tavoilla tai muodoilla tulisi toimia, jotta kuntien välinen hankintayhteistyö olisi sääntelyn mukaista.
- 3) onko säätely ollut riittävän täsmällistä vai olisiko joitakin seikkoja pitänyt säännellä toisin tai ottaa säätelyyn mukaan.

Tutkimusta lähestytään pääosin hankintasäätelyn näkökulmasta eli miten hankintalainsäädäntö ja oikeustapaukset sääntelevät kuntien välistä yhteistyötä hankintojen osalta. Toisena ulottuvuutena on kuntalain näkökulma kuntien väliseen yhteistyöhön. Tähän näkökulmaan liittyy myös kunnallisen itsehallinnon näkökulma, joka on perustuslain suoma oikeus kunnille. Esille nousee

kysymys ylikansallisen sääntelyn ja itsehallinnon problematiikasta. Tutkimuksen kohteena ovat pääosin kuntien väliset palvelutoiminnan hankinnat. Tutkimuksessa sivutaan myös yhteisiä tavarahankintoja. Erityisalojen hankintalain piiriin kuuluvat hankinnat on pääosin rajattu tämän työn ulkopuolelle. Tutkimus on oikeusdogmaattinen. Tutkimuksessa lähdetään liikkeelle lakitekstistä. Mikäli lakiteksti on kyllin selkeä, muuta argumentointia ei tarvita. Hankintalainsäädännön kohdalla ei kuitenkaan näin ole, vaan on tutustuttava lain esitöihin ja tuomioistuinratkaisuihin. Tehävässä tarkastellaan lain esitöitä, lainkäyttö- ja lainvalvontaratkaisuja ja oikeuskirjallisuutta apuna käyttäen säädettyä hankintalakia ja sitä, onko se kohdannut ongelmia käytännössä, ja mitkä olisivat oikeat muodot tehdä hankintayhteistyötä sääntelyn mukaan.

Hankintasääntely elää muutosvaihetta. Uusi hankintalaki astui kesäkuussa 2007 voimaan. Uudistuksessa ei muutettu hankintalain perustarkoitusta tai periaatteita. Jo hankintalain valmisteluvaiheessa tuotiin esille lain täsmentymisen mahdollisuus uusien lainkäyttöraatkaisujen myötä. Tässä työssä tuon esille niitä seikkoja, joita tulisi lainsäädännössä täsmentää tai ottaa lainsäädäntöön mukaan. Ylikansallisen sääntelyn ja kansallisen lainsäädännön yhteensovittaminen on tärkeää. Ylikansallinen sääntely tapahtuu lähinnä EU:n ehdoilla. Pienten jäsenmaiden on vaikea saada oman palvelujärjestelmänsä oikeutusta ja ominaispiirteitä tukevaa kantaa esille EU:n päätöselimissä. Näihin kysymyksiin saataneen vastausta poliittisen keskustelun ja vaikuttamisen kautta.

Sidosyksikköhankinnan määrittelyn lisääminen lakiin ei poistanut ongelmia kokonaan sidosyksikköhankinnoista, vaan synnytti uusia kysymyksiä sidosyksikkömäärittelmän osalta. Kuntien yhteistyössä tapahtuvien palveluhankintojen osalta selvitetään yhteistyölle asetettuja vaatimuksia ja esitetään nykyisen sääntelyn mukaisia toimintamalleja. Tutkimuksessa tuodaan esille esimerkiksi liikelaitoksen, kuntayhtymän, osakeyhtiön, sopimusyhteistyön, yhteishankintayksikön ja yhteisen toimielimen soveltuvuutta kuntien väliseen yhteistyöhön suorahankintojen mahdollisuuden ja lainmukaisuuden näkökulmasta. Kuntien välinen sopimusjärjestely voi olla oikeuskäytännön mukaan, tapauskohtaisesti, hankintalain tarkoittama hankinta tai kilpailuttamisen ulkopuolelle jäävä yhteistoimintajärjestely. On pohdittava hankintojen luonnetta. Tapauskohtainen tarkastelu, ilman selkeätä sääntelyä, tuntuu epävarmalta. Tutkimuksessa esitettyjen huomioiden perusteella näyttää siltä, että hankintasääntelyä tulee täsmentää tietyin osin, jotta kunnat voisivat selvemmin ja varmemmin suunnitella ja kehittää yhteistyötään. Tämän lisäksi kuntien tulee hallita tietyt reunaehdot yhteistyössään toimiakseen lainsäädännön edellyttämällä tavalla.

Asiasanat: julkiset hankinnat, kunnat - - yhteistyö, sidosyksikköhankinnat, yhteistoimintasopimukset.

SISÄLTÖ

LÄHTEET	III
OIKEUSTAPAUKSET JA LYHENTEET	IX
1 JOHDANTO	1
1.1 Tutkimusaiheen esittely.....	1
1.2 Tutkimustehtävä.....	3
1.2.1 Tutkimuksen tavoite ja tutkimusongelma.....	3
1.2.2 Tutkimusmenetelmä, aineisto ja aikaisempi tutkimus.....	4
1.2.3 Tutkimuksen rakenne.....	8
1.3 Keskeiset käsitteet.....	8
2 KUNTIEN VÄLINEN YHTEISTYÖ	10
2.1 Yhteistyön lainsäädännöllinen perusta.....	10
2.1.1 Lainsäädännön taustaa.....	10
2.1.2 Perustuslaillinen itsehallinto.....	11
2.1.3 Itsehallinto ja yhteistyö kuntalain näkökulmasta.....	14
2.1.4 Asiantuntijoiden ja Euroopan neuvoston tuki itsehallinnolle.....	16
2.2 Yhteistyön jaottelua ja muotoja.....	18
2.2.1 Yleisestä jaottelusta.....	18
2.2.2 Kuntayhtymät ja liikelaitokset.....	19
2.2.3 Sopimusyhteistyö.....	22
2.2.4 Osakeyhtiöt, hankintarenkaat ja yhteishankintayksiköt.....	25
2.2.5 Yhdistykset ja säätiöt.....	28
2.2.6 Kokeiluja ja uudistushankkeita.....	30
3 JULKISIA HANKINTOJA SÄÄNTELEVÄ LAINSÄÄDÄNTÖ.....	33
3.1 Lainsäädännön taustaa.....	33
3.2 Euroopan yhteisön lainsäädäntö ja velvoittavat sopimukset.....	36
3.2.1 Yhteisöoikeus - EY:n hankintadirektiivit.....	36
3.2.2 WTO:n julkisten hankintojen sopimus (GPA).....	41
3.2.3 Euroopan yhteisön perustamissopimus.....	42
3.3 Suomen hankintalainsäädäntö.....	45
3.3.1 Sääntelyn tavoite ja hankintayksiköt.....	45
3.3.2 Julkinen hankinta, soveltamisala ja kynnysarvot.....	47
3.3.3 Suorahankinta ja muutoksenhaku.....	51
3.4 Lainsäätäjän tarkoitus.....	55
3.4.1 Hankintasääntelyn taustaa lainvalmistelun pohjalta.....	55
3.4.2 Keskeisiä muutoksia.....	58
3.4.3 Kuntien väliseen yhteistyöhön liittyvät kysymykset.....	61
3.5. Pohjoismaisia käytäntöjä.....	64
3.5.1 Julkisten hankintojen sääntely Ruotsissa.....	64
3.5.2 Julkisten hankintojen sääntely Tanskassa.....	66
4 JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN JA YHTEISTYÖN	
ONGELMAKOHTIA	68
4.1 Yleisiä näkökohtia.....	68
4.1.1 Pakollinen kilpailuttaminen ja itsehallinnon ”inflaatio”.....	68
4.1.2 Markkinaehtoistuminen.....	71
4.2 Sidosyksikköhankinnat.....	72
4.2.1 Yleistä sidosyksikköhankinnoista.....	72
4.2.2 Oikeustapaukset lainsäädännön taustalla.....	74
4.2.2 Oikeudellinen erillisuus ja päätöksenteon itsenäisyys.....	77
4.2.3 Sidosyksikön valvontavalta.....	80
4.2.4 Myynti ulkopuolisille.....	82
4.3 Yhteistyösopimukset.....	84
4.3.1 Hankinta- vai hallintosopimus.....	84
4.2.2 Yhteinen toimielin ja yhteistoiminta.....	87

5 LOPPUPÄÄTELMIÄ.....	90
5.1. Laajempi tarkastelu	90
5.2. Yksityiskohtainen tarkastelu – sidosyksikön määrittelyä	91
5.3. Yhteistyössä huomioitavia näkökohtia	94
LIITTEET.....	96
Liite A ; Ensisijaiset palvelut	96
Liite B ; Toissijaiset palveluhankinnat	97
Liite C ; NACE 10.....	98

LÄHTEET

Aarnio, Aulis: Mitä lainoppi on? Helsinki 1978.

Alkio, Mikko – Wik, Christian: Kilpailuoikeus. Jyväskylä 2004.

Anttiroiko, Ari-Veikko – Haveri, Arto – Karhu, Veli – Ryyänen, Aimo – Siitonen, Pentti: Kuntien toiminta, johtaminen ja hallintasuhteet. Tampere 2003.

Eskola, Saila – Ruohoniemi, Erkko: Julkiset hankinnat. Helsinki 2007.

Euroopan neuvosto: Lehdistötiedote

<<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1082377&BackColorInternet=e0cee1&BackColorIntranet=e0cee1&BackColorLogged=FFC679>> (19.11.2007).

Euroopan unionin Europa-palvelin: Vihreä kirja, tiivistelmä lainsäädännöstä.

<<http://europa.eu/scadplus/leg/fi/lvb/l23013.htm>> (22.11.2007).

Euroopan unionin virallinen lehti 30.2.2004(EYVL): Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2004/18/EY

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fi/oj/2004/l_134/l_13420040430fi01140240.pdf> (26.8.2007).

Euroopan neuvosto: Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 65/1991).

EV 256/2006 vp - HE 50/2006 vp. Eduskunnan vastaus hallituksen esitykseen laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

Graf Morin, Camilla: Haastattelu uudesta Ruotsin hankintalaista. Konkurrensverket.

Hankintalakityöryhmä: Julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän muistio. <<http://www.tem.fi/files/14770/muistio.pdf>> (12.1.2008).

Hannus, Arno – Hallberg, Pekka: Kuntalaki. 2. painos. Helsinki 1997.

Harjula, Heikki – Prättälä, Kari: Kuntalaki : tausta ja tulkinnat. 6. painos. Helsinki 2004.

HaVL 25/2006 vp - HE 50/2006 vp: Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

HE 154/1992 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.

HE 192/1994 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle kuntalaiksi.

HE 1/1998 vp: Hallituksen esitys perustuslaiksi.

HE 72/2002 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamisesta.

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

HE 263/2006 vp: Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta.

Heuru, Kauko: Kuntalaki käytännössä. Helsinki 2001.

Heuru, Kauko: Kunta perusoikeuksien toteuttajana. Helsinki 2002.

Heuru, Kauko: Perustuslaillinen kunnallishallinto. Helsinki 2006.

Holopainen, Toivo: Kunnan asema valtiossa. Helsinki 1969.

Husa, Jaakko: Jukisoikeudellinen tutkimus. Tampere 1995.

Husa, Jaakko – Mutanen, Anu – Pohjolainen, Teuvo: Kirjoitetaan juridiikkaa: ohjeita oikeustieteellisten kirjallisten töiden laatijoille. Helsinki 2001.

Joutsenon kaupunginvaltuusto: Päätös 19.11.2007.

<<http://194.251.35.187/pkirja2/kokous/KOKOUS-1256-8.HTM>> (20.1.2008).

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö: Tiedote hankintalainsäädännöstä ja uudet hankintalait.

<http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;161;120419;120423;120798> (5.9.2007).

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö: < www.hankinnat.fi > (8.10.2007).

Julkisten hankintojen toimikunta: Muistio, KTM. Helsinki 1991.

Kaarresalo, Toni: Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa. Helsinki 2007.

Kalima, Kai: Julkisyhteisöjen hankintatoimi. Helsinki 2001.

Kekkonen, Urho: Kunnallinen vaalioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1936.

Kivelä, Susanna: Kuntien hankintatoimen organisointi ja seudulliset hankintarenkaat. Helsinki 2002.

Komissio: Vihreä kirja yleishyödyllisistä palveluista (KOM(2003) 270). <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fi&type_doc=COMfinal&an_doc=2003&nu_doc=270> (15.1.2008).

Komissio: Vihreä kirja julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta (KOM(2004) 327 lopullinen). <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fi/com/2004/com2004_0327fi01.pdf> (15.1.2008).

Konkurrensverket: Tiedote uusista Ruotsin hankintalaeista.

<http://www.kkv.se/t/Page___2952.aspx> (12.1.08).

Kuuskoski, Reino: Uusi kunnallislaki. Porvoo 1949.

Kuusniemi-Laine, Anna – Takala, Pilvi: Julkisten hankintojen käsikirja. Helsinki 2007.

Laamanen, Elina (toim.): Seutuyhteistyön käsikirja II. 3. uudistettu painos. Helsinki 2005.

Lievonen, Kirsi-Marja: Kuntien hankinnat ja uudet palveluntuottajat. Turku 1997.

Majonen, Kaija – Mäki, Janne – Tammi, Terhi: Seutujohtamisen vaihtoehdot. Helsinki 2004.

Melin, Tuomo - Paunio, Pekka: Markkinoiden toimivuus II: Lainsäädäntö, julkinen tuki ja verotus sosiaali- ja terveystalouden markkinoilla. Kauppa- ja teollisuusministeriön tutkimuksia ja raportteja 19/2001. Helsinki 2001.

Murén, Edvard: Kunnan asema valtion hallintojärjestelmässä. Suomen Kunnallislehti 1972 s. 20-23.

Myllymäki, Arvo - Kalliokoski, Päivi: Valtio, kunta ja Euroopan unioni: unionijäsenyyden vaikutus valtion ja kuntien taloudelliseen päätösvaltaan. Helsinki 2006.

Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 4. painos. Helsinki 2003.

Mäkinen, Eija: Hallintosopimusten sääntelytarpeesta. Helsinki. 2001.

Mäkinen, Eija (red.): Samspelet mellan offentlig rätt och privaträtt- de grunläggande fri- och rättigheterna. Tampere 2005.

Neimala, Antti: Vaikutusarvioselvitys hallituksen esityksestä julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön muuttamiseksi. KTM julkaisuja 18/2006.

Niskakangas, Heikki – Pönkä, Pasi: Kuntayhtiöt: kunnan omistaman osakeyhtiön hallinto. Helsinki 2006.

Nurmi, Timo: Uusi suomen kielen sanakirja. Helsinki 1998.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU): Uppdrag rörande lagen (1 992:1528) om offentlig upphandling och kommunalsamverkan. Diarienummer 2006/0173-29.31.1.2007.
<http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/NOU-arkiv/pdf/2006-0173-29s_Kommunala_komputredningen.pdf> (19.1.2008).

Oikeusministeriä ja kauppa- ja teollisuusministeriö: Asettamispäätös OM 12/41/2006.
<<http://www.om.fi/Etusivu/Ajankohtaista/Uutiset/1196863334088>> (4.1.2008).

Oksanen, Antero: Muuttavatko markkinat kuntien toimintatapoja. Teoksessa Ryynänen (toim.) Kuntien oikeus itsehallintoon, s. 72–97. Tampere 2002.

Oksanen, Antero: Kuntien yleiset hankintaohjeet. Helsinki 2007.

Pekkala, Elise: Hankintojen kilpailuttaminen. Helsinki 2007.

PeVL 32/2001 vp - HE 111/2001 vp. Hallituksen esitys laiksi pelastustoimen alueiden muodostamisesta.

PeVL 37/2006 vp - HE 155/2006 vp. Hallituksen esitys laiksi kunta- ja palvelurakennemuutoksesta sekä laeiksi kuntajakolain muuttamisesta ja varainsiirtoverolain muuttamisesta.

Suomen Kuntaliitto: Kuntaliiton lausunto hallituksen esitykseen HE 50/2006 Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle, 757/90/2006, 29.5.2006, Antero Oksanen, Silja Siltala.
<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;63;376;95649;102603;104654>
(22.11.2007).

Suomen Kuntaliitto: Tiedote, uudet kynnysarvot.
<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;66354;66363;116121> (7.3.2007).

Suomen Kuntaliitto: Yhteistoiminnan muodoista kuntien teknisessä toimessa,
<www.kunnat.net/attachment.asp?path=1;29;356;61493;107967> (17.10.2007).

Suomen Kuntaliitto: Yleiskirje 4/98.
<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;63;375;23856;23868;3971> (15.8.2006).

Suomen säädöskokoelma <<http://www.finlex.fi/data/sdliite/liite/5154.pdf>> (15.7.2007).

Taipalsaaren kunnanvaltuusto: Päätös 19.12.2007. <<http://taipalsaari.frodos.fi/kokous/2007498-9.HTM>>(20.1.2008).

Talousvaliokunnan pöytäkirjat (kopio)nro 60/1992, 62/1992, 66/1992.

Tampereen yliopiston tutkielmat, www-sivut: <http://tutkielmat.uta.fi/selaus.phtml> (7.1.2008).

TaVM 39/1992 – HE 154/1992. Talousvaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä laiksi julkisista hankinnoista ja laiksi kilpailuneuvostosta annetun lain muuttamisesta.

TaVM 26/2006 – HE 50/2006 vp. Talousvaliokunnan mietintö: Hallituksen esitys laeiksi julkisista hankinnoista sekä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista.

Työ- ja elinkeinoministeriö (TEM), < www-sivut: <http://www.tem.fi/>> (5.1.2008).

Työ- ja elinkeinoministeriö: Teckal-ratkaisu <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2025>>
(22.1.2008).

Työ- ja elinkeinoministeriö: Tiedote 5.12.2007. <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=903>>
(4.1.2008).

Työ- ja elinkeinoministeriö: Kynnysarvot 1.1.2008 – 31.12.2009.
<<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>> (12.1.2008).

Työ- ja elinkeinoministeriö: Tiedoteet: Yhteisöoikeus ja vihreät ja valkoiset kirjat.
<<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2008>> (11.1 ja 13.1.2008).

Työ- ja elinkeinoministeriö: WTO:n julkisten hankintojen sopimus (GPA) – tietoa.
<<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2011>> (13.1.2008).

Ulkoasiainministeriö: Suomen hallituksen toiminta EY-tuomioistuinasioissa ja valvonta-asioissa 1.1.–30.6.2007. Saatavilla www-muodossa:

<http://217.71.145.20/TRIPviewer/temp/TUNNISTE_E_81_2007_fi.html> (16.12.2007).

Valkama, Pekka: Palvelujen yhteiskäytön toimeenpanon perusteet. Verkkojulkaisu 2005.

<http://www.hel2.fi/Tietokeskus/julkaisut/pdf/05_08_17_valkama_vj31.pdf> (3.11.2007).

Valli, Matti: Kaupallistaako kilpailuttaminen hyvinvoinnin. Polemiikki 1/05, s.18–19.

Valtiovarainministeriö: Valtion budjetti, <http://budjetti.vm.fi/indox/tae/2007/he_2007.html> (2.10.2007).

OIKEUSTAPAUKSET JA LYHENTEET

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytäntö

Asia C-107/1998, 18.11.1999, Teckal Srl. vastaan Commune di Viano ja Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Oikeustapauskokoelma 1999–11, I-8121.

Asia C-324/1998, 7.12.2000, Telaustria Verlags GmbH vastaan Telefonadress GmbH vastaan Telekom Austria AG, aiemmin Post & Telekom Austria AG, Herold Business Data AG:n osallistuksessa asian käsittelyyn. Oikeustapauskokoelma 2000, I-10745.

Yhdistetyt asiat C-21/2003 ja C-34/03, 3.3.2005, Fabricon SA vastaan Belgian valtio. Oikeustapauskokoelma 2005, I-1559.

Asia C-26/2003, 11.1.2005, Stadt Halle ja RPL Recyclingpark Lochau GmbH vastaan Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Oikeustapauskokoelma 2005–1, I-1.

Asia C- 295/05, 19.4.2007, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vastaan Transformación Agraria SA (Tragsa) ja Administración del Estado. Ei vielä oikeustapauskokoelmassa.

<<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62005J0295:FI:HTML>> (19.1.2008).

Asia C-340/2004, 11.5.2006, Carbotermo SpA ja Consorzio Alisei vastaan Comune di Busto Arsizio ja AGESP SpA. Oikeustapauskokoelma 2006, I-4137.

Asia C-480/2006 Komissio vastaan Saksa, EUVL C 020, 27.1.2007.

Kotimainen oikeuskäytäntö

KHO 2004:102

KHO 2006:61

KHO 3.9.2002 T 2043

MAO:53/04

MAO:80/05

MAO:89/05

Ruotsin ja Tanskan oikeuskäytäntö

NOU 2006/0100-26, Karlskoga kommuns köp av tjänster från kommunalförbund.

Konkurrencestyrelse: 2003-03-04: Kommuners kontrakt med et selskab med kommunalt ejerskab (Jysk Miljølaboratorium). Saatavilla www-muodossa: <http://www.ks.dk/udbud/ks-udtalelser/2003/vejledende-udtalelser/resume/kommuners-kontrakt-med-et-selskab-med-kommunalt-ejerskab-jysk-miljoelaboratorium/> (30.12.2007).

Konkurrencestyrelse: 2003-10-07: Kontrakter om kommunale samarbejder. 3/1220–8901-0231/HBS. Saatavilla www-muodossa: <http://www.ks.dk/udbud/ks-udtalelser/2003/vejledende-udtalelser/skrivelse-fuld-tekst/kontrakter-om-kommunale-samarbejder/> (30.12.2007).

LYHENTEET

DCA	Danish Competition Authority
ETA	Euroopan talousalue
EYTI	Euroopan yhteisöjen tuomioistuin
GATT	General Agreement of Tariffs and Trad, tullitariffeja ja kauppaa koskevasta yleissopimuksesta
GPA	Government Procurement Agreement, WTO-sopimuksen neljäs lisäpöytäkirja
HM	Suomen Hallitusmuoto
HE	Hallituksen esitys
KHO	Korkein hallinto-oikeus
KM	Komiteamietintö
KTM	Kauppa- ja teollisuusministeriö (1.1.2008 alkaen TEM)
KuntaL	Kuntalaki 365/1995
MAO	Markkinaoikeus
NOU	Nämnden för offentlig upphandling, syyskuusta 2007 alkaen NOU:n tehtäviä hoitaa Konkurrensverket
PL	Suomen perustuslaki
PeVL	Perustuslakivaliokunnan lausunto
RT 16–10182	Rakennusalan urakkakilpailun periaatteet
SuVL	Suuren valiokunnan lausunto
T	Taltio
TaVM	Talousvaliokunnan mietintö
TED-tietopankki	Tenders Electronic Daily
TEM	Työ- ja elinkeinoministeriö
vp	Valtiopäivät

1 JOHDANTO

1.1 Tutkimusaiheen esittely

Kuntien toimintaympäristössä on tapahtunut merkittäviä muutoksia viimeisimmän kahdenkymmenen vuoden aikana. 1990-luvun taloudellinen taantuma vaikutti kuntatalouteemme heikentävästi. Valtio vähensi rahoitusosuuttaan palvelujen tuottamiseen, jolloin kuntien osuus rahoituksessa lisääntyi. Käyttömenojen voimakas kasvu yhdessä verotulojen heikon kehityksen kanssa on aiheuttanut kuntien taloustilanteen kiristymisen. Kuntien toimintakatteet ovat olleet laskussa jo useiden vuosien ajan. Valtio on painostanut kuntia tehostamaan toimintaansa yhteistyöllä. Tähän tehtävään on valtion budjetissa varattu määrärahaa. Kuntaliitoksille on ollut myös tarjolla ”porkkanarahoja”¹. Tätä taustaa vasten kuntien välinen yhteistoiminta on suotavaa, ellei välttämätöntä.

Viime vuonna käynnistyneen kunta- ja palvelurakennemuutoshankkeen tavoitteena on tehostaa hyvinvointipalvelujen tehokkuutta, saavutettavuutta ja laatua. Puitelaki² hyväksyttiin alkuvuodesta 2007. Tulevaisuudessa yhteistyötä tehdään joka tapauksessa kuntien kesken jollakin tavalla, jolloin hankintasääntelyyn liittyvät normit ovat edelleen ajankohtaisia. Hankintalainsäädännön mukaan julkiset hankinnat on pääsääntöisesti kilpailutettava. Tällä pyritään julkisten varojen entistä tehokkaampaan käyttöön. Tehokkuus merkitsee sitä, että julkisilla varoilla ostettaisiin hinta-laatu-suhteeltaan mahdollisimman edullisia tuotteita, palveluita tai urakoita³. Kunnat ovat pitkään tehneet yhteistyötä palvelujen tuottamisessa ja niiden hankinnassa, mutta kuntayhteistyö on viime vuosina kohdannut ongelmia hankintasääntelyn taholta. Hankintasääntelyn mukanaan tuomat velvoitteet ovat tuoneet lisätyötä kunta-alalle, sillä sääntelyn tuomat velvoitteet on otettava huomioon myös kuntien välisessä yhteistyössä entistä paremmin, jotta lisäkustannuksia aiheuttavilta riitatilanteilta välttyttäisiin ja toimittaisiin sääntelyn mukaisesti.

Kuntien välisestä yhteistyöstä ja julkisista hankinnoista erikseen on saatavissa tietoa. Kuntien välisistä palveluhankinnoista on uuden lain myötä kirjoitettu jonkin verran, mutta tietoa tullaan tarvitsemaan yhä enemmän kuntien välisen yhteistyön lisääntyessä. Tutkimuksen tarkoitus on selvittää kuntien välistä yhteistyötä hankintojen osalta eri muodoissaan ja niissä esiintynyttä problematiikkaa suhteessa hankintalainsäädäntöön.

¹ Valtion budjetti, < http://budjetti.vm.fi/indox/tae/2007/he_2007.html> (2.10.2007).

² Laki kunta- ja palvelurakennemuutuksesta 169/2007.

³ Pekkala 2007 s. 24.

Merkittävä linjaus kuntien välisen yhteistyön ja julkisten hankintojen yhteensovittamisesta saatiin, kun korkein hallinto-oikeus antoi ennakkotapauspäätöksensä vuoden 2004 lopulla niin sanotussa Hangon tapauksessa⁴. KHO:n mukaan Hangon kaupunki ei olisi saanut solmia ilman kilpailutusta sairaankuljetuspalvelujen yhteistyösopimusta Espoon kaupungin hallinnoiman Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen kanssa. Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen päätökset linjaavat myös kotimaista oikeudentulkintaa. Hangon tapauksessa sovellettiin EY-tuomioistuimen Teckal-tulkintaa. EU:n jäsenmaana EYTI:n päätökset vaikuttavat myös suomalaisen oikeudentulkintaan.

Julkisiin hankintoihin liittyvät kysymykset sekä kuntien välinen yhteistyö ovat mitä ajankohtaisiin aihe myös parhaillaan toteutettavassa kunta- ja palvelurakenneuudistuksessa, koska uusilla yhteistyöalueilla on pohdittava, miten yhteiset hankinnat toteutetaan hankintasääntelyn mukaisesti. Tutkimusaiheen merkittävyttä perustelen ajankohtaisuuden lisäksi myös sillä, että oikeiden lainmukaisten toimintatapojen hallitseminen kunnissa vähentää valituksia hankintojen osalta merkittävästi, tekee hankintatoiminnasta entistä joustavampaa ja säästää kustannuksia. Toisaalta kilpailuttaminen vaatii myös erityisosaamista ja kouluttautumista hankinnoista vastaavalta henkilöstöltä. Ongelmien tunnistaminen auttaa julkisiin hankintoihin liittyvän koulutuksen ja neuvonnan suunnittelussa ja kehittämisessä.

Kauppa- ja teollisuusministeriön (1.1.2008 alkaen työ- ja elinkeinoministeriö TEM) tietojen mukaan Suomen julkisten hankintojen kokonaisarvo vuosittain on noin 22,5 miljardia euroa, mikä on noin 15 % bruttokansantuotteestamme. On arvioitu, että EU:n alueella käytetään julkisiin hankintoihin vuosittain noin 1.500 miljardia euroa eli 11–20 prosenttia EU:n yhteenlasketusta bruttokansantuotteesta. Kunnat ja kuntayhtymät tekivät ulkoisia hankintoja vuonna 2004 yhteensä 10,9 miljardilla eurolla, mikä vastaa 37 prosenttia kuntien ulkoisista menoista⁵.

Hankintalainsäädäntö kuuluu osana kilpailuoikeuteen, jonka juuret ovat Euroopan unionista tehdyssä sopimuksessa - periaatteessa, jonka mukaan jäsenvaltioiden talouspolitiikkaa harjoitetaan vapaaseen kilpailuun perustuvan avoimen markkinatalouden periaatteen mukaisesti. EY:n kilpailupolitiikan oikeusperustan muodostavat pääasiassa EY:n perustamissopimuksen määräykset. Hankintalainsäädännön osalta on eletty muutosvaihetta. Uudet EY:n hankintadirektiivit annettiin 2004 ja uusi hankintalaki astui voimaan kesäkuun alussa 2007. Sääntelyä on mahdol-

⁴ KHO:2004: 102.

⁵ Neimala 2006 s. 65.

lista täydentää EY:n tuomioistuimessa vireillä olevien asioiden tultua ratkaistuksi⁶.

Tutkimuksen vaikeutena on ollut se, että laki on ollut muutosvaiheessa. Uusi hankintalaki astui voimaan kesäkuun alusta. Hankintalainsäädännön uudistuksessa ei muutettu kuitenkaan hankintalain perustarkoitusta tai periaatteita. Katsonkin, että tältä pohjalta voidaan nykyisten tuomioistuinratkaisujen kautta tarkastella ovatko säädetty laki ja käytäntö kohdanneet. Oikeuskäytäntö ei ole vielä uuden hankintalain jälkeen ehtinyt kehittyä. Oikeuskäsittelyt hankinta-asioissa vievät paljon aikaa, jopa useita vuosia, joten oikeuden ratkaisuja saa vielä odottaa. Toisaalta lakiin ei tullut oikeuskäytäntöön nähden merkittäviä muutoksia. Tehdyt muutokset on tuotu tutkimuksessa esille. Oikeuskäytännöstä on valittu aiheen kannalta relevantteja tapauksia. Tutkimus perustuu tällä hetkellä vallitsevaan oikeudentilaan, sääntelyyn ja sekä ajankohtaiseen lähdeaineistoon. Oikeus ei ole pysyvä tila, vaan dynaaminen prosessi, joka mukautuu yhteiskunnan vaatimuksiin.

1.2 Tutkimustehtävä

1.2.1 Tutkimuksen tavoite ja tutkimusongelma

Euroopan unionin jäsenyys toi tullessaan uusia toimintaa normittavia tekijöitä myös kuntasektorille. Jäsenvaltion hallintoviranomaiset huolehtivat EY-oikeuden normien soveltamisesta, toimeenpanosta ja täytäntöönpanosta. Voimassaoleva hankintalainsäädäntö perustuu EY:n direktiiveihin ja EY:n oikeuskäytäntöön. Kuntien julkisina hankintayksiköinä tulee noudattaa toiminnassaan voimassa olevaa lainsäädäntöä. Kuntien yhteistoiminta on kuulunut alusta alkaen kunnalliseen hallintojärjestelmäämme, sillä varhaisia havaintoja yhteistyöstä on jo 1800-luvun lainsäädännössä. Kuntien välisen hankintayhteistyön lisääntymisen myötä on oikeustapausten kautta noussut esille ongelmia.

Tutkimuksen päätavoitteena on selvittää, millaisia reunaehtoja hankintasääntely asettaa kuntien väliselle yhteistyölle hankintojen osalta. Tutkimustehtävää lähestytään tutkimuskysymyksillä:

1) onko kuntien välinen yhteistyö palveluhankintojen osalta kuntien välistä yhteistyötä kuntalain edellyttämässä muodossa vai hankintalainsäädännön mukaista kilpailutettavaa hankintatoimintaa?

⁶ HE 50/2006 vp, s. 16.

2) millä tavoilla tai muodoilla tulisi toimia, jotta kuntien välinen hankintayhteistyö olisi sääntelyn mukaista.

3) onko sääntely ollut riittävän täsmällistä vai olisiko joitakin seikkoja pitänyt säännellä toisin tai ottaa sääntelyyn mukaan.

Tutkimusta lähestytään pääosin hankintasääntelyn näkökulmasta eli miten hankintalainsäädäntö ja oikeustapaukset sääntelevät kuntien välistä yhteistyötä hankintojen osalta. Toisena ulottuvuutena on kuntalain näkökulma kuntien väliseen yhteistyöhön. Tähän näkökulmaan liittyy myös kunnallisen itsehallinnon näkökulma, joka on perustuslain suoma oikeus kunnille. Esille nousee kysymys ylikansallisen sääntelyn ja itsehallinnon problematiikasta, jota tuodaan myös tutkimuksessa esille. Tutkimuksen kohteena ovat pääosin kuntien väliset palvelutoiminnan hankinnat. Tutkimuksessa sivutaan myös yhteisiä tavarahankintoja. Erityisalojen hankintalain piiriin kuuluvat hankinnat on pääosin rajattu tämän työn ulkopuolelle.

1.2.2 Tutkimusmenetelmä, aineisto ja aikaisempi tutkimus

Työssä käytetään lainopillista eli oikeusdogmaattista lähestymistapaa. On keskeistä selvittää nykyisen voimassa olevan oikeuden sisältö tutkimusongelmaan nähden ja miten lakia tulisi tulkita oikeusjärjestyksen mukaan⁷. Lainopilla on jatkuva vuorovaikutus lainvalmisteluun ja oikeuskäytäntöön, jota ilmentää kansallinen laintulkinta. Lainoppi muodostuu kahdesta pääalueesta: oikeuskäsitteiden konstruointi ja oikeussäännösten systematisointi käsitteiden avulla sekä oikeussäännösten sisällön tulkinta ja soveltaminen.⁸ Lainoppi selvittää yhteisössä voimassa olevaa oikeutta tulkinnan ja oikeuslähteistä saatavan tiedon avulla.

Tutkimuksessa lähdetään liikkeelle lakitekstistä. Mikäli lakiteksti on kyllin selkeä, ei muuta argumentointia tarvita. Hankintalainsäädännön kohdalla ei kuitenkaan näin ole, vaan on tutustuttava lain esitöihin, jos sieltä löytyisi lisätietoa. Esitöiden lisäksi olen tutustunut tuomioistuinratkaisuihin asiasta. Keskeiset oikeusnormit ovat EY:n hankintadirektiivit ja kansallinen hankintalainsäädäntö. Kansallisessa lainsäädännössä on huomioitu myös EY:n perustamissopimuksen oikeusperiaatteet. Tarkastelu painottuu lainsäädännön osalta lakiin julkisista hankinnoista sekä kuntalain kuntayhteistyötä säänteleviin normeihin. Erityisalojen hankintalakia sivutaan joiltakin osin. Oikeustapaukset niin kotimaisen kuin EY-oikeuden osalta antavat tietoa lainsäädännön

⁷ Husa – Mutanen – Pohjolainen 2001 s.13.

⁸ Aarnio 1978 s. 52.

tarpeista ja onnistumisesta. Olen etsinyt aiheeseeni tukea myös oikeuskirjallisuudesta ja alan tutkijoiden ja asiantuntijoiden kannanotoista. Tehtävässä tarkastellaan lain esitöitä, lainkäyttö- ja lainvalvontaratkaisuja apuna käyttäen säädettyä lakia ja sitä, onko sen soveltaminen onnistunut käytännössä. Oikeustapausten kautta on saatavissa tietoa, miten säädetty laki ja käytäntö ovat kohdanneet, onko kuntien välisessä hankintatoiminnassa ilmennyt ongelmia säädettyyn lakiin nähden?

Tutkimusmateriaalina käytetään oikeuskirjallisuutta, virallislähteitä sekä lainvalmisteluaineistoa että lainkäyttö- ja lainvalvontaratkaisuja. Olen kerännyt lainvalmisteluun vanhaan hankintalakiin (laki julkisista hankinnoista 1505/1992) liittyvää materiaalia pääasiassa työ- ja elinkeinoministeriöstä sekä valtioneuvoston arkistosta. Materiaali sisältää esimerkiksi ministeriöiden, virallisten kirkkokuntien, kuntien keskusjärjestöjen lausuntoja lain esitysluonnoksesta. Talousvaliokunta on antanut ainoana tahona mietinnön hallituksen esityksestä. Talousvaliokunnan kokouspöytäkirjoja on ollut myös käytettävänä. Uuden hankintalain (laki julkisista hankinnoista 348/2007)⁹ esitöistä tärkeimmiksi lähteiksi muodostuivat hallituksen esitys sekä eri ministeriöiden lausunnot ja mietintö sekä hankintalakiyöryhmän työn eri vaiheet. Laajemman kuvan saamiseksi olen tutustunut Ruotsin ja Tanskan vastaavaan lakiin julkisista hankinnoista. Olen ollut myös sähköpostitse yhteydessä Tanskan kilpailuhallitukseen ja Ruotsin kilpailuvirastoon oikeustapausten ja lakiuudistuksen osalta.

Hankintasäätelyyn ja julkisiin hankintoihin liittyvää tutkimusta löytyy jonkin verran eri näkökulmista katsottuna. Tampereen yliopistosta pro gradu -tutkielman ”Hankintalainsäädännön vaikutus kunnalliseen itsehallintoon” on tehnyt *Petri Hirvonen*. *Virpi Suojanen* on kirjoittanut vuonna 2002 julkisista hankinnoista pro gradu -tutkimuksen julkisoikeuden näkökulmasta. Tutkimuksen nimi on ”Julkiset hankinnat erityisesti kunnissa”. *Pia-Maria Sillanpää* on tutkinut rakenteellista yhteistyötä kunnan toiminnassa. Työssä sivutaan myös sidosyksikköhankintoja. Pro gradu -työ on valmistunut vuonna 2007.¹⁰

Kirsi-Marja Lievonen on kirjoittanut Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkisoikeuden julkaisusarjassa teoksen ”Kuntien hankinnat ja uudet palveluntuottajat”. Tutkimus on laadittu lisensoitettututkimukseksi. Se käsittelee kuntien uusimuotoisia palveluntuottajia ja esitte-

⁹ Tässä tutkimuksessa käytetystä ilmauksesta ”uusi hankintalaki” viitataan lakiin 348/2007, joka on astunut voimaan 1.6.2007. ”Vanha hankintalaki” ilmauksella viitataan lakiin 1505/1992.

¹⁰ Tampereen yliopiston tutkielmat, <<http://tutkielmat.uta.fi/selaus.phtml>> (7.1.2008).

lee kuntien tapaa tuottaa palveluitaan. Tutkimuksessa keskitytään niihin hankintamenettelyssä oleviin ongelmiin, joihin törmätään, kun kunnan oma yksikkö on mukana tarjouskilpailussa tai kun kunta tuottaa palvelun omalla uusimuotoisella palveluntuottajallaan ilman tarjouskilpailua. Tutkimuksen pääpaino on palveluhankinnoissa, mutta siinä käsitellään myös rakennusurakka-hankintoja. Kirjallisten lähteiden lisäksi on käytetty empiriaa - kyselytutkimuksesta saadun tiedon muodossa. Kyselyllä selvitettiin kuntien organisoinnin nykytilannetta ja hankintakäytäntöä. Kysely postitettiin kahdellekymmenelle viidelle kunnalle ja siihen tuli vastaus kahdeltakymmeneltä yhdeltä. Tutkimus on hallinto-oikeuden alaan kuuluva, mutta palvelee hyvin kunnallisoikeuden tarpeita.¹¹

Kai Kalima on kirjoittanut tutkimusjulkaisun ”Julksisyhteisöjen hankintatoimi”. Kalimaa voidaan pitää tutkijana, jonka perusmetodi on perinteinen oikeusdogmatiikka, jota hän kuitenkin mielellään laajentaa historiallisella tarkastelulla.¹² Kalima tarkastelee teoksessaan hankintasäännöksiä normiston ja oikeuskäytännön kokonaisuuden luomaa taustaa vasten. Hankintalainsäädännön soveltajan keskeisenä kysymyksenä teoksessa on, onko hankinta kilpailutettava ja mikä on tarkoituksenmukaisin menettely. Hankintayksikön vastuuta tarkastellaan laajasti esimerkiksi kilpailuneuvoston (nykyään markkinaoikeus), korkeimman hallinto-oikeuden ja EY-tuomioistuimen päätösten kautta.¹³

Mika Pohjonen on kirjoittanut julkisia hankintoja koskevasta oikeuskäytännöstä. Markkinaoikeuden ja korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisukäytännöllä on ollut huomattava merkitys hankintalain ja hankinta-asetusten tulkinnalle. Pohjonen on käynyt läpi markkinaoikeuden 10.12.2001 mennessä antamat julkisia hankintoja koskevat päätökset. Kirjassa on lyhyesti referoitu päätöksiä. Korkeimman hallinto-oikeuden ja EY-tuomioistuimen päätöksiä on tuotu myös esille. Uuden hankintalain myötä edellä mainittujen lähdeteosten tietoja on mahdollisten lainsäädännöstä johtuvien muutosten osalta tarkistettu ja käytetty soveltuvien osin lähteenä.

Uuden hankintalain hyväksymisen jälkeen on ilmestynyt uutta oikeuskirjallisuutta, jota myös on käytetty tutkimukseni lähteenä. Hankintalakityöryhmän puheenjohtajana toiminut *Elise Pekkala* on kirjoittanut teoksen ”Hankintojen kilpailuttaminen”. Teos käsittelee varsin laajasti julkisiin hankintoihin liittyviä käytännön prosesseja sekä oikeudelliseen sääntelyyn liittyviä seikkoja. Teos sijoittuu osaltaan oikeuskirjallisuuteen ja osaltaan kommentaariseen aineistoon. Kommen-

¹¹ Lievonen 1997 s. 1–10.

¹² Husa 1995 s. 89.

¹³ Kalima 2001 s. 5–29.

taarista aineistoa se on sikäli, että lain perustelujen avulla kommentoidaan uutta lakia. Toisaalta teoksen yhtenä tehtävänä on ollut dokumentoida asioita, joita direktiivineuvotteluissa ja komission kanssa käydyissä keskusteluissa on vuosien varrella tullut esille näkemyksinä ja tulkintoina. Tässä mielessä teos palvelee myös alan tutkijoita.

Hankintatoimen asiantuntijoina toimivat *Anne Kuusiniemi-Laine* ja *Pilvi Takala* ovat kirjoittaneet ”Julkisten hankintojen käsikirja” nimisen teoksen, jonka tarkoitus on toimia kansankielisenä tulkkina vaikeaselkoiselle lainsäädännölle ja antaa selkeitä ohjeita hankintayksiköille ja yrityksille. *Saila Eskola* ja *Erkko Ruohoniemi* ovat kirjoittaneet teoksen ”Julkiset hankinnat”. Kirjoittajat työskentelevät hankinta-asioiden ja hankintajuridiikan parissa ja ovat osallistuneet myös hankintalainsäädännön valmisteluun. Myös tämän lähteen tavoite on antaa tarjoajille¹⁴ ja hankintayksiköille tietoa hankintasääntelystä. Sosiaali- ja terveystoimen hankintoihin on keskittynyt *Sami Lukkarinen* teoksessaan ”Julkiset hankinnat sosiaali- ja terveydenhuollossa”. EU- ja kilpailuoikeuteen erikoistunut *Toni Kaarresalo* on kirjoittanut teoksen ”Kilpailuttamisvelvollisuus julkisissa hankinnoissa”. Tutkimuksen pääaiheena on selvittää hankintayksikön määrittelyä. Mikä on hankintayksikkö - ja siten velvollinen kilpailuttamaan hankintansa – ja mikä ei. Hankintayksikön määrittelyä konkretisoidaan esimerkkien ja oikeustapausten avulla. Teoksessa käsitellään myös sidosyksikköhankintoja.

Merkittävänä tiedonlähteenä maassamme toimii Julkisten hankintojen neuvontayksikkö, joka palvelee yrityksiä ja hankintayksiköitä julkisiin hankintoihin liittyvissä kysymyksissä ja seuraa lainsäädännön ja lainvalvontaratkaisujen kehittymistä hankinta-asioissa. Neuvontayksikkö¹⁵ toimii Suomen Kuntaliiton organisaatiossa, mutta sen ylläpitoon osallistuu Kuntaliiton lisäksi myös työ- ja elinkeinoministeriö. Julkisten hankintojen säädösvalmistelu (hankintalaki- ja asetus) kuuluu työ- ja elinkeinoministeriölle (TEM). Sille kuuluvat myös säädöksistä tiedottaminen, julkisiin hankintoihin liittyvien uudistusten ja ajankohtaisten asioiden seuraaminen ja sisämarkkinoiden toimivuuden varmistaminen. Ministeriön tehtävänä on myös osallistua Suomen edustajana Euroopan unionin ja Maailman kauppajärjestön toimintaan. Hankintalain mukaan (16 §) ministeriötä koskee kynnysarvoja koskeva ilmoitusvelvollisuus. Ministeriö ylläpitää sähköistä hankintailmoitusjärjestelmää sekä jakaa runsaasti julkisiin hankintoihin liittyvää tietoa internet-sivuillaan.¹⁶

¹⁴ Tarjoajalla tarkoitetaan toimittajaa, joka on jättänyt tarjouksen.

¹⁵ Julkisten hankintojen neuvontayksikön verkkosivut, www.hankinnat.fi > (8.10.2007).

¹⁶ TEM, <<http://www.tem.fi>> (5.1.2008).

1.2.3 Tutkimuksen rakenne

Työhöni sisältyy viisi päälukua. Ensimmäisessä luvussa tuon esille tutkimusongelmaan liittyviä seikkoja kuten tutkimuksen tavoite, tutkimusongelma, rakenne, tutkimusmenetelmä, materiaali, aikaisempi tutkimus ja keskeiset käsitteet. Toisessa luvussa käsittelen kuntien välistä yhteistyötä. Tarkastelun kohteena ovat pääosin kunta- ja perustuslain mukaiset lainsäädäntöperusteet ja yhteistyön muodot. Luvussa tarkastellaan kuntien toimintaa normittavan sääntelyn ja itsehallinnon kehittymistä. Itsehallinnollisen pohdinnan kautta haluan tuoda esille kuntien perustuslaillista oikeutta valita toimintatapansa myös kuntayhteistyössä. Kuntien välistä yhteistyötä ja eri muotoja on lähestytty kuntalain näkökulmasta. Mukana on myös uudistus- ja kokeiluhankkeita.

Kolmannessa luvussa tuon esille julkisia hankintoja sääntelevää normistoa. Olen selvittänyt hankintalainsäädännön taustaa ennen 1990-lukua, jolloin hankintalaki säädettiin maassamme ensimmäisen kerran sekä hankintalain uudistamiseen liittyviä kysymyksiä ja keskeisiä muutoksia. Sääntelyn osalta olen nostanut esille tämän työn kannalta merkittäviksi katsomiani osalueita. Lainsäädännössämme on otettava huomioon EY-oikeuden ensisijaisuus kansalliseen lainsäädäntöömme nähden, siksi olenkin aloittanut lainsäädäntöosan EY:n hankintadirektiiveistä ja edennyt Suomen hankintasäädöksiin. Olen tarkastellut pohjoismaista Tanskan ja Ruotsin hankintalainsäädäntöä lähinnä ongelmanäkökulmasta eli onko näissä maissa kuntien välisessä yhteistyössä hankintojen osalta esiintynyt samankaltaista problematiikkaa kuin Suomessa.

Neljännessä luvussa olen nostanut esille niitä ongelmakohtia, jotka olen katsonut tämän tutkimusmateriaalin ja tutkimustehtävän pohjalta keskeisiksi. Yleisellä tasolla pohditaan markkinaehtoistumisen ja pakkokilpailuttamisen problematiikkaa. Sidosyksikköhankinnan ja yhteistoimintasopimusten sisällön määrittelyn kautta lähestytään sääntelyn ongelmakohtia. Viidennessä luvussa olen tehnyt yhteenvedon työssäni esille nousseista tutkimustuloksista.

1.3 Keskeiset käsitteet

Hankintasopimus on kirjallinen sopimus, joka on tehty hankintayksikön tai usean hankintayksikön ja toimittajan tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on tavaran tai palvelun hankinta tai rakennusurakan toteuttaminen taloudellista vastiketta vastaan.¹⁷ Hankinnan määrit-

¹⁷ Hankintalaki (348/2007) 5.1 §.

täminen hankintasopimuksen käsitteen kautta johtuu hankintadirektiivien sisältämästä sääntelystä, joka koskee hankintasopimuksen tekomenettelyjä.¹⁸

Hankintayksiköitä ovat tähän työhön liittyen kuntien ja kuntanliittojen viranomaiset ja liikelaitokset, kuntayhtymät ja julkishallintoon kuuluvat oikeushenkilöt. Hankintalakia sovelletaan oikeushenkilöihin, jotka on perustettu huolehtimaan tehtävästä yleisen edun tarkoituksessa ilman teollista ja kaupallista luonnetta, ja joka saa pääasiallisen rahoituksensa julkisyhteisöltä. Lisäksi vaaditaan, että oikeushenkilö on julkisyhteisön valvonnassa tai sillä on hallinto, johto tai valvontaelin, jonka jäsenistä yli puolet on edellä tarkoitettun julkisyhteisön nimittämiä.¹⁹

Julkinen hankinta on tavara-, palvelu- ja rakenneurakkahankinta, jonka valtio, kunta, kuntayhtymä, valtion liikelaitos tai muu hankintalainsäädännössä määritelty hankintayksikkö tekee oman organisaationsa ulkopuolelta vastiketta vastaan. Myös omalta organisaatiolta tehtävät hankinnat ovat julkisia hankintoja, jos ne tehdään kilpailutuksen seurauksena. Hankintana ei siten pidetä sellaista tuotantoa tai työsuoritusta, jonka hankintayksikkö toteuttaa omana työnään organisaationsa sisällä ilman kilpailutusta.²⁰ Hankintakäsitteen rajanveto ei aina ole selvä eikä tavaroiden ja palveluiden ostaminen ole selkeästi erotettavissa toisistaan. Etenkin sekamuotoisten sopimusten osalta määrittelemine saattaa olla vaikeaa.

Palvelunhankintasopimuksella tarkoitetaan muuta kuin julkista tavarahankintaa tai rakennusurakkaa koskevaa sopimusta. Sopimuksen kohteena on palvelujen suorittaminen. Palvelunhankinnaksi katsotaan myös sellainen hankintasopimus, jonka kohteena on palvelujen ohella tavaroita, jos palvelujen arvo on tavararan arvoa suurempi. Palvelunhankintasopimukseksi katsotaan sopimus, johon sisältyy palvelujen lisäksi liitteessä C tarkoitettuja rakennustöitä. (liitteet ovat työn lopussa)²¹ Palvelunhankinta käsittää kaikentyypiset palvelut esimerkiksi puhtaana ja kunnossapito-, ruokahuolto- markkinointi ja konsultointipalvelut.²² Yleisesti voidaan todeta, että palvelu, johon sisältyy julkisen vallan käyttöä, ei kuulu hankintalain piiriin.

Sidosyksikköhankinnalla eli in house -hankinnalla viitataan useimmiten uuden hankintalain antamaan mahdollisuuteen suorittaa suorahankinta hankintayksikköön sidossuhteessa olevalta muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä. Edellytyksenä on että,

¹⁸ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 43.

¹⁹ Hankintalaki 6 §.

²⁰ Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 6.

²¹ Hankintalaki 5.4 §.

²² Valkama 2005 s. 34.

ostava hankintayksikkö valvoo yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa myyjänä toimivaa yksikköä samalla tavalla kuin omia toimipaikkojaan. Lisäksi edellytyksenä on että, myyjä harjoittaa pääosan toiminnastaan niiden yksikköjen kanssa, joiden määräysvallassa se on.²³ Mikäli myyjä ei ole hankintayksiköstä erillinen ja itsenäinen yksikkö, ei sidossuhdetta ja sen edellytyksiä ole tarpeen arvioida, koska kyseessä on tällöin osto oman organisaation yksiköltä. Näin ollen ei ole tarpeen arvioida sitäkään, toimiiko myyjä yksikkö markkinoilla vai ei.²⁴

Tavarahankintasopimus tarkoittaa muuta kuin rakennusurakkaa koskevaa hankintasopimusta, joka sisältää tuotteiden ostamisen, leasingin, vuokrauksen tai osamaksulla ostamisen. Tavarahankintaan voi sisältyä osto-optioita ja kokoamis- tai asennustöitä.²⁵

2 KUNTIEN VÄLINEN YHTEISTYÖ

2.1 Yhteistyön lainsäädännöllinen perusta

2.1.1 Lainsäädännön taustaa

Nykymuotoisen kunnallishallinnon juuret ulottuvat jo 1800-luvulle, jolloin vuonna 1865 säädettiin maalaiskuntia koskeva kunnallisasetus (1865MKunA). Vähän myöhemmin, vuonna 1873 säädettiin asetus kaupunkien kunnallishallituksesta (1873KKunA). Suomen kuntarakenne muotoutui alun perin kaupunkien ja maaseudulla kirkollisen jaotuksen perusteella. Maalaiskuntien jako oli pitkään sidoksissa seurakuntajakoon. Kaupungeissa paikallishallinto eriytyi kirkollisesta hallinnosta jo varhain. Näillä edellä mainituilla säädöksillä luotiin nykyisen kuntajärjestelmän perusta. Kuntien yhteistoiminta on kuulunut alusta alkaen kunnalliseen hallintojärjestelmäämme. Yhteistoimintasäännöksiä sisältyi jo edellä mainittuihin maalaiskuntia ja kaupunkeja koskevaan hallinnon sääntelyyn.²⁶

Kuntien välisestä yhteistyöstä on varhaisia havaintoja jo 1800-luvun lainsäädännössä. Maalaiskuntia koskeva kunnallisasetus sisälsi säännöksiä yhteisen kunnallishallinnon alaisista kunnista ja yhteisistä kuntakokouksista (2 § ja 20 §). Niukkoja säännöksiä täydennettiin maalaiskuntien

²³ Hankintalaki 10 §,

²⁴ Pekkala 2007 s. 104.

²⁵ Hankintalaki 5.3 §.

²⁶ Hannus – Hallberg 1997 s. 470, Harjula – Prättälä 2004 s. 11, 1800-luvulla annettiin myös toisia maalaiskuntia koskeva asetus (1898MKunA).

kunnallislaisissa. Nämä osoittautuivat käytännössä puutteellisiksi ja hankalaksi kuntien ryhtyessä 1920-luvulla rakentamaan kuntayhtymäin sairaaloita ja parantoloita.²⁷

Kunnallislainsäädännön kokonaisuudistus toteutettiin vuonna 1917, jolloin säädettiin maalaiskuntain kunnallislaki (1917MKunL) ja kaupunkien kunnallislaki (1917KKunL). Uudistuksen tavoitteena oli kansanvaltaisuuden lisääminen.²⁸ Vuoden 1917 lain säännökset kuntien yhteistoiminnan osalta uudistettiin 1932, jolloin luotiin kuntainliittojärjestelmä, johon kunnat olivat tiettyjen toimintojen osalta pakotettuja osallistumaan. Kunnallislakiin tehtiin muutoksia vuosina 1948 ja 1961. Nämä lakimuutokset eivät kuitenkaan tuoneet merkittäviä muutoksia kuntien yhteistoiminnan sääntelyyn. Maalaiskuntien ja kaupunkien toimintaa normittava lainsäädäntö yhdenmukaistettiin vasta 1976 säädetyllä kunnallislailalla (953/1976).²⁹ Yhtenäistämistavoitteen taustalla oli yhteys hyvinvointivaltion rakentamiseen, jolloin haluttiin saada yhtenäinen pohja kunnallishallinnolle. Vuoden 1976 kunnallislakia muutettiin useaan eri otteeseen.³⁰ Nykyinen kuntalaki (365/1995) tuli voimaan vuoden 1996 heinäkuun alusta. Tätäkin lakia on jo muutettu useaan otteeseen. Kuntien välinen yhteistyö elää käytäntöjen ja sääntelyn osalta merkittävää muutosvaihetta.³¹

2.1.2 Perustuslaillinen itsehallinto

Maalaiskuntien hallinto tuli perustuslain tai sitä vastaavan oikeudellisen tason piiriin vasta itsenäisyytemme alussa 1919 säädetyin Suomen Hallitusmuodon (94/1919) myötä. Kaupungeilla, erityisesti ennen vuotta 1906 perustetuilla niin sanotuilla vanhoilla kaupungeilla oli jo aikaisemmin kaupunkien perustamiskirjoihin ja hallitsijan vakuutuksiin perustuvia privilegioita³². Privilegiot poistettiin kokonaan vasta 1970-luvulla. 1919 HM määritteli koko kunnallishallintomme perustuslaillisen aseman. Kunnallisesta itsehallinnosta säädettiin Hallitusmuodon (94/1919) 51.2 §:n ensimmäisessä virkkeessä:

Kuntain hallinnon tulee perustua kansalaisten itsehallintoon, niin kuin erityisissä laeissa siitä säädetään.

²⁷ Kuuskoski 1949 s. 336.

²⁸ Harjula – Prättälä 2004 s.12.

²⁹ Hannus – Hallberg 1997 s. 470–471.

³⁰ Harjula – Prättälä 2004 s. 13.

³¹ Esimerkkinä mainittakoon Kunta- ja palvelurakennemuutos, Sisäasiainministeriö, <<http://www.intermin.fi/intermin/home.nsf/Pages/3E0EC72D45A73D99C2256FFE003E86B8>> (4.3.2007).

³² *privilegio*, *privilegi* erioikeus, erityinen suoraan yhteiskunnallisesta tms. asemasta johtuva oikeus.

Lähtökohtaisesti kuntien itsehallinnollinen asema on määritelty hallintojärjestelmämme varhaisessa vaiheessa.³³ Keskeinen kysymys on kuitenkin, onko sillä ollut oikeudellista merkitystä valtioon nähden. Monien kunnallisoikeuden asiantuntijoiden mukaan itsehallinnollisilla säännöksillä oli vähäinen oikeudellinen merkitys ennen 1970-lukua.³⁴ Itsehallinto oli jäänyt lähinnä julistuksen tasolle. Tosin eduskunnan perustuslakivaliokunta³⁵ sai arvioitavakseen kunnallisen itsehallinnon perustuslain mukaisen aseman ja antoi asiasta ainakin kaksi lausuntoa ja kolme mietintöä vuosina 1941–1946. Arvioinnin kohteena ei kuitenkaan ollut kunnallisen itsehallinnon asema.³⁶ Holopainen toi väitöskirjassaan esille sen, ettei hallitusmuodon säännösten merkityksestä ole päästy yksimielisyyteen.³⁷ Perustuslaillisen suojan laajuus liittyy kunnan itsehallinnon rajallisuuteen. Keskeinen kysymys oli se, mikä on kunnallisen itsehallinnon ydin, johon ei voi puuttua tavallisella lailla. 1970-luvun jälkeen käsitykset hallitusmuodon merkityksestä kunnalliselle itsehallinnolle ovat täsmentyneet.³⁸ Kysymys itsehallinnon ytimestä lainsäädännön näkökulmasta katsottuna lienee edelleen ajankohtainen.

Perustuslakivaliokunta antoi ensimmäisen varsinaisen lausuntonsa, joka käsitteli HM:n 51.2§:ää vuonna 1970. Lausunto koski hallituksen esitystä laiksi kunnallisten viranhaltijain ja työntekijäin palkkausta ja muita palvelussuhteen ehtoja koskevasta neuvottelu-, sopimus- ja sovittelujärjestelmästä³⁹. Perustuslakivaliokunta tuli siihen tulokseen, että lakiehdotus on ristiriidassa kunnallisen itsehallinnon kanssa, ja siksi laki oli säädettävä perustuslain säätämisyjärjestyksessä. Ehdotuksen sisältämien asioiden katsottiin kuuluvan kunnan omaan tehtäväpiiriin ja lakimuutos merkitsisi huomattavaa puuttumista itsehallintoon. Tämän lausunnon jälkeen perustuslakivaliokunta on ottanut kantaa kunnalliseen itsehallintoon useissa lausunnoissaan.⁴⁰ Lainsäädäntötyössä edettiin itsehallinnon vahvistamisen suuntaan, sillä eduskunnan perustuslakityövaliokunnalta ryhdyttiin pyytämään kannanottoja lainsäädännöllisiin uudistuksiin, jotka voivat liittyä kunnallishallinnon perustuslailliseen asemaan.⁴¹

³³ Aikaisemmat oikeusoppineet ovat jo tuoneet esille kuntien itsehallinnollista asemaa: Kuuskoski 1949 s. 5, myöntänyt valtioon hallintotoimenpiteitä vastaan; Kekkonen 1936 s. 81.

³⁴ Kuuskoski 1949 s. 44., Kekkonen 1936 s. 71, 84–85, Holopainen 1969 s. 292, Heuru 2006 s. 34.

³⁵ Perustuslakivaliokunta valmistelee asiat, jotka koskevat perustuslakia ja antaa lausuntoja lakiehdotuksista, jotka on ehdotettu säädettäväksi perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. Lisäksi se voi antaa lausuntoja muiden lakiehdotusten ja asioiden perustuslainmukaisuudesta. Valiokunnan lausunnot ovat käytännössä Eduskuntaa sitovia.

³⁶ Heuru 2006 s. 34–35.

³⁷ Holopaisen väitöskirja on vuodelta 1969, eli viitataan aikaan ennen sen julkistamista. Holopainen 1969 s. 288.

³⁸ Sallinen 2007 s. 106, 108.

³⁹ HE 13/1970 vp.

⁴⁰ Sallinen 2007 s. 107.

⁴¹ Heuru 2006 s. 38–39.

Vähitellen pohjoismaisen hyvinvointivaltioajatuksen myötä alkoi julkisessa keskustelussa nousta esille kuntien toimi- ja päätösvallan ja toimintaedellytysten parantaminen. Merkittävä lainsäädännöllinen uudistus oli laki vapaakuntakokeilusta (718/1988). Kokeilun tarkoituksena oli hankkia kokemuksia siitä, miten kuntien itsehallintoa voitaisiin vahvistaa.⁴² Uusi perustuslaki (731/1999) tuli voimaan vuonna 2000. Perustuslakivaliokunnan tehtävänä on valmistella asiat, jotka koskevat perustuslakia tai perustuslain kanssa läheisessä asiallisessa yhteydessä olevaa lainsäädäntöä sekä antaa lausuntoja lakiehdotuksista, jotka on ehdotettu säädettäväksi perustuslainsäätämisyjärjestyksessä. Lisäksi valiokunta antaa lausuntoja sille lähetettyjen muiden lakiehdotusten ja asioiden perustuslainmukaisuudesta ja suhteesta kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin.⁴³

Uuteen perustuslakiin ei tullut kunnallisen itsehallinnon tulkintaan mitään uutta aikaisempaan hallitusmuotoon verrattuna.⁴⁴ Perustuslakivaliokunnan tulkintakäytäntöä haluttiin jatkaa edelleen kunnallisen itsehallinnon tulkinnassa.⁴⁵ Kuntien itsehallinnollinen asema perustuu edelleen perustuslain suomaan kunnalliseen itsehallinto-oikeuteen. Perustuslain (PL 121 §) mukaan kunnan hallinto perustuu kunnan asukkaiden itsehallintoon. Se merkitsee kunnan oikeutta päättää hallinnostaan ja taloudestaan itsenäisesti. Itsehallintoon kuuluvat verotusoikeus, jonka määräytymisen perusteista sekä verovelvollisen oikeusturvasta säädetään lailla sekä oikeus itse valitsemiinsa hallintoelimiin. Kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annettavista tehtävistä säädetään lailla samoin kuin kuntia suurempien alueiden ja saamelaisten kieltään ja kulttuuriaan koskevasta itsehallinnosta.⁴⁶

Itsehallinto merkitsee sitä, että kunnalla tulee olla riittävästi päätösvaltaa toimintojensa järjestämiseen ja hallinointiin. Hallituksen esityksessä perustuslaiksi tuodaan esille itsehallinnollinen periaate, jonka mukaan lailla on turvattava kunnan päätöksentekojärjestelmän kansanvaltaisuus, mikä sisältää ennen muuta kunnan asukkaiden oikeuden valitsemiinsa hallintoelimiin sekä sen, että päätösvalta kunnissa kuuluu asukkaiden valitsemille toimielimille.⁴⁷

Perustuslain näkökanta julkisten hallintotehtävien kuulumisesta kunnan toimialaan on selkeä. Julkisen hallintotehtävän siirtämisestä muulle kuin viranomaiselle säädetään perustuslain 124 §:ssä:

⁴² Heuru 2006 s. 38–39.

⁴³ PL 74 §.

⁴⁴ Sallinen 2007 s. 107.

⁴⁵ PL 74 §., Sallinen 2007 s. 107.

⁴⁶ Ks. myös Saraviita 2000 s. 563–564.

⁴⁷ HE 1/1998 vp, s. 176, ks. myös Saraviita 2000 s. 565.

Julkinen hallintotehtävä voidaan antaa muulle kuin viranomaiselle vain lailla tai sen nojalla, jos se on tarpeen tehtävän tarkoituksenmukaiseksi hoitamiseksi eikä vaaranna perusoikeuksia, oikeusturvaa tai muita hyvän hallinnon vaatimuksia. Merkittävää julkisen vallan käyttöä sisältäviä tehtäviä voidaan kuitenkin antaa vain viranomaiselle.

Säädöksen tehtävänä on rajoittaa julkisen hallintotehtävän siirtämistä varsinaisen viranomaiskoneiston ulkopuolelle. Viranomaisiksi tässä luetaan kunnat ja kuntayhtymät. Kuntien yhteistoiminnan kannalta on keskeistä taata kuntalaisen perusoikeudet, jotka Perustuslain 22 §:n mukaan on julkisen hallinnon turvattava.⁴⁸ Perustuslain sisältämät kuntien väliseen yhteistyöhön liittyvät säännökset koskevat kunnan itsehallintoa, hallintotehtävien siirtämistä yksityisille ja perusoikeuksia sekä niiden turvaamista. Kuntien välinen yhteistyö on nähtävä kunnan oikeutena valita yhteistyökumppaninsa.⁴⁹

2.1.3 Itsehallinto ja yhteistyö kuntalain näkökulmasta

Kunnallisen itsehallinnon katsotaan ulottuvan kunnan alueeseen, kunnassa asuviin ja oleskeleviin ihmisiin sekä kunnassa tapahtuvaan toimintaan. Itsehallinnon luonne on yleinen. Kunnan toimialaan katsotaan kuuluvan (kuten jäljempänä on eritelty) lailla eriteltyjen tehtävien ja paikallisten asioiden hoitaminen. Paikallisia asioita ovat ne, joita kunnan yleinen etu vaatii hoidettavaksi, mikäli ne eivät luonteeltaan kuulu esimerkiksi valtion paikallishallintoon.⁵⁰

Kunnan julkisoikeudellisena tehtävänä on tuottaa kuntalaisille julkisia palveluja. Itsehallinnon julkisoikeudellisten tehtävien säädösperusta ja niiden tarkoitus ilmenee myös kuntalaisissa.

Kuntalain (365/1995) 1§:n mukaan:

Suomi jakautuu kuntiin, joiden asukkaiden itsehallinto on turvattu perustuslaissa. Kunnan päätösvaltaa käyttää asukkaiden valitsema valtuusto. - -

Kunta pyrkii edistämään asukkaidensa hyvinvointia ja kestäväää kehitystä alueellaan.

Tehtävät voidaan jakaa yksityisoikeudellisiin ja julkisoikeudellisiin tehtäviin. Kunta on julkisoikeudellinen subjekti, mutta joissakin asioissa kunnan on toimittava yksityisoikeudellisten nor-

⁴⁸ Anttiroiko – Haveri – Karhu – Ryyänen – Siitonen 2003 s. 156–157.

⁴⁹ Anttiroiko et al. 2003 s. 156. Ks. myös Harjula – Prättälä 2004 s. 134–137.

⁵⁰ Hannus – Hallberg 1997 s. 57.

mien ja periaatteiden mukaisesti kuten muutkin luonnolliset ja juridiset oikeushenkilöt. Kunta toimii yksityisoikeudellisten toimijoiden tavoin tehdessään työsopimuksia, kauppoja, hankintoja tai erilaisia toimeksiantoja. Tällöin kunnat noudattavat yksityisoikeudellista lainsäädäntöä, esimerkiksi työsopimus- tai vahingonkorvauslakia.⁵¹ Tiukka rajanveto julkioikeudellisen ja yksityisoikeudellisen sopimuksen välillä on kuitenkin pehmentynyt ja kunnat toimivat käytännössä varsin moninaisin sopimusmuodoin.

Kuntien hallinnon yleisistä perusteista ja kunnille annetuista tehtävistä säädetään lailla:

Kuntalain (365/1995) 2 §:n 1 momentin mukaan kunnan tehtäviin kuuluu sille itsehallintonsa perusteella itselleen ottamansa ja sille laissa säädetyt tehtävät.

Kunnan itsehallinnolliset tehtävät voidaan jaotella kunnan itselleen ottamiin, vapaaehtoiisiin, yleiseen toimialaan kuuluviin tehtäviin sekä lailla säädettyihin, lakisääteisiin, erityisen toimialan tehtäviin. Kunta voi myös ottaa hoidettavakseen muitakin kuin omaan itsehallintoonsa kuuluvia julkishallinnon tehtäviä. Tehtävien siirtäminen edellyttää sopimusta ja säännöstä, jonka mukaan valtiolla tai muulla julkisyhteisöllä on valtuus tehtävien siirtämiseen.⁵²

Kuntien yhteistoimintaa normittavat perussäännökset ovat kuntalaisissa. KuntaL 2.3 § antaa oikeuden hoitaa laissa säädettyjä tehtäviä joko itse tai yhteistoiminnassa muiden kuntien kanssa. Kuntalaki suo kunnille näin ollen mahdollisuuden valita yhteistyökumppaninsa. Keskeistä yhteistyössä on julkisoikeudellinen sopimus pohjaisuus.⁵³ Yhteistoiminnasta on erityissäännöksiä kunnallishallinnon eri aloja koskevassa lainsäädännössä. Erityissäännökset koskevat pääasiassa pakollisia kuntayhtymiä, ammatillisia oppilaitoksia ja määräaikaisia kokeiluja kuten seutuyhteistyökokeilua⁵⁴ ja Kainuun hallintokokeilua^{55, 56}. Myös laissa sosiaali- ja terveydenhuollon suunnittelusta ja valtiosuudesta (733/1992) määritellään, että kunta voi täyttää veloitteensa yksin tai yhdessä muiden kuntien kanssa.⁵⁷

⁵¹ Anttiroiko et al. 154–158, Ks. myös Harjula – Prättälä 2004 s. 89–90.

⁵² Ks. esim. Anttiroiko et al. 2003 s. 154–156, Harjula – Prättälä 2004 s. 97–101, 105–106, 131–134.

⁵³ Harjula – Prättälä 2004 s. 557.

⁵⁴ Laki seutuyhteistyökokeilusta 560/2002.

⁵⁵ Laki Kainuun hallintokokeilusta 343/2003.

⁵⁶ Harjula – Prättälä 2004 s. 557.

⁵⁷ Valkama 2005 s. 31.

2.1.4 Asiantuntijoiden ja Euroopan neuvoston tuki itsehallinnolle

Oikeustieteilijät ovat pohtineet itsehallinnon kysymystä eri aikakausina. *Kekkonen* oli ensimmäisiä oikeustieteilijöitä, joka toi esille syvällisemmin hallitusmuodon (1919) merkitystä kunnalliselle itsehallinnolle. Hän näki, että hallitusmuodossa oli tunnustettu kuntien oikeus itsehallintoon. Tunnustaminen tapahtui siinä merkityksessä, ettei valtio saisi supistaa itsehallinnon rajoja niin, että itsehallinto katoaisi kokonaan. Tämä lienee tunnustus itsehallinnon perustuslailiselle suojalle lähinnä valtion hallintotoimenpiteitä vastaan - ei niinkään lainsäätäjää vastaan.⁵⁸

Kuuskoski on tuonut esille näkemyksen, etteivät perustuslain säännökset suojaa kunnan toimivaltaa ja omaisuutta. Toisaalta HM 51 §:n mukaan kunnilta ei voida ottaa tavallisella lailla pois kaikkia tehtäviä, koska kansalaisten itsehallintoperiaatteelle rakentuva hallinto on vakuutettu kyseisessä pykälässä.⁵⁹ Keskustelu itsehallinnon perustuslailisesta suojasta oli ehkä vilkkaimmillaan 1960-luvuilla. Voimakas itsehallinnon puolustaja oli *Murén*, joka katsoi, ettei kunnallista itsehallintoa voinut muuttaa tavallisella lailla ja kuntien lakkauttaminen olisi hallitusmuodon vastaista. Kunnan lakkauttaminen olisi mahdollista vain muuttamalla hallitusmuotoa.⁶⁰ Muita merkittäviä varhaisempia itsehallinnon perustuslainsuojan korostajia olivat *Merikoski*, *Makkonen*, *Rytkölä* ja *Holopainen*.⁶¹

Heuru tuo näkemyksissään esille perustuslain suoman itsehallinto-oikeuden pysyvyyttä. Aikaisemmassa hallitusmuodossa vuodelta 1919 oli mahdollista poiketa perustuslain säätämisyjärjestyksessä tapahtuneella lainmuutoksella perustuslaista muuttamatta itse lakia. Nykyisen perustuslain mukaan ei ole mahdollista säätää lakia, joka on ristiriidassa perustuslain kanssa muuttamatta perustuslakia.⁶² Tutkimuksen kohteena olevan hankintalain nykyisessä soveltamisessa ilmenevän oikeuskäytännön pohjalta voidaan esittää kysymys siitä, onko hankintalaki rajoittamassa kunnallisen itsehallintoon perustuvaa palvelujen järjestämismvapautta? *Ryynänen* tuo esille valtion ja kuntien välisten suhteiden jatkuvan muutoksen ja kunnan aseman dualistisuuden hyvinvointivaltiossa kehityksessä sekä Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirjan merkityksen ja tuen kuntien itsehallinnolle.⁶³

Itsehallinnon merkitystä kuntien välisessä yhteistyössä on nostettu useissa näkemyksissä esille.

⁵⁸ Sallinen 2007 s. 104, Kekkonen 1936 s. 81–85, Holopainen 1969 s. 288.

⁵⁹ Kuuskoski 1949 s. 43–44, Holopainen 1969 s. 290.

⁶⁰ Sallinen 2007 s. 104–105, Murén 1972 s. 20–21.

⁶¹ Sallinen 2007 s. 105.

⁶² Heuru 2002 s. 32.

⁶³ Ryynänen 2002 s. 99–103.

Kunnilla on mahdollisuus järjestää oma sisäinen palvelujen organisointi haluamallaan tavalla. Monet kunnallisoikeuden asiantuntijoiden mielipiteet tukevat tätä ajatusta. *Oksanen* korostaa kuntien oikeutta itsehallintoonsa ja lakisääteiseen järjestämisvastuuseensa perustuen ratkaista palvelujen tuottamistapansa tulevaisuudessakin⁶⁴. *Ryynänen* tuo esille jo edellä esitetyn lisäksi näkemyksen kuntayhteistyöstä keskeisenä osana organisaatiovapauden periaatetta, joka on ankuroitu Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirjaan.⁶⁵

Kunnallista itsemääräämisoikeutta tukee myös Euroopan neuvoston paikallisen itsehallinnon peruskirja (SopS 66/1991), jonka Suomi allekirjoitti kesäkuussa 1990. Eduskunta hyväksyi lain⁶⁶ peruskirjan lainsäädännön alaan kuuluvien määräysten voimaansaattamisesta. Peruskirja saatettiin maassamme voimaan asetuksella (1181/1991) lokakuussa 1991.⁶⁷ Todettakoon, että kaikki EU:n jäsenvaltiot ovat ratifioineet sen nyt, kun Ranska liittyi ratifioineiden joukkoon.⁶⁸ Peruskirjan mukaan kunnan itsehallintoperiaate on tunnustettava kansallisessa lainsäädännössä ja myös valtiosäännössä, mikäli mahdollista. Kunnilla tulisi olla tosiasiallinen mahdollisuus säännellä ja hoitaa tehtäviään omalla vastuullaan.⁶⁹ Tämä voidaan tulkita niin, että peruskirjan normit ovat oikeudellisesti laintasoisia. Paikallisen itsehallinnon perusteista on peruskirjassa muotoiltu vain yleispiirteisesti ja vähimmäistason mukaan. Voitaneen todeta, että peruskirjan pääasiallinen vaikutus tulee lainsäädännön kehittymisen kautta. Tämän työn kannalta merkittäv in ilmiö on kuntien organisaatiovapauden lisääminen.⁷⁰

Peruskirjan (SopS 65/1991) 3. artiklan mukaan:

Paikallinen itsehallinto tarkoittaa paikallisviranomaisten oikeutta ja kelpoisuutta säännellä ja hoitaa lain nojalla huomattavaa osaa julkisista asioista omalla vastuulla ja paikallisen väestön mukaisesti.

Sopimuksen 10. artiklan mukaan yhteistyö kuntien välillä on mahdollista:

Paikallisviranomaisilla on tehtäviään hoitaessaan oikeus harjoittaa yhteistyötä ja lain asettamissa rajoissa muodostaa yhteenliittymiä muiden paikallisviranomaisten kanssa yhteisiä etuja koskevien asioiden hoitamiseksi.

⁶⁴ *Oksanen* 2002 s. 95.

⁶⁵ *Ryynänen* 2006 s. 39.

⁶⁶ Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan eräiden määräysten hyväksymisestä annettu laki (1180/91). Asetus jolla laki saatettiin voimaan on asetus Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan voimaansaattamisesta ja peruskirjan eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta (1181/1991).

⁶⁷ *Harjula-Prättälä* 2004 s. 72.

⁶⁸ Euroopan neuvoston lehdistötiedote, <<https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1082377&BackColorInternet=e0cee1&BackColorIntranet=e0cee1&BackColorLogged=FFC679>> (19.11.07).

⁶⁹ *Hannus – Hallberg* 1997 s. 62.

⁷⁰ *Heuru* 2006 s. 90–91.

Peruskirjan heikkoutena on, ettei sen noudattamista kontrolloida eikä EY:n tuomioistuin ole hyväksynyt sitä oikeusnormistoksi. Toisaalta peruskirjan tärkeä tehtävä on muokata kunnalliseen itsehallintoon kohdistuvia asenteita myönteisemmiksi.⁷¹

2.2 Yhteistyön jaottelua ja muotoja

2.2.1 Yleisestä jaottelusta

Kuten jo edellä mainittiin, kunnan tehtävät voidaan jakaa oikeudellisesta näkökulmasta katsoen julkisoikeudellisiin ja yksityisoikeudellisiin. Kuntalain luvussa 10. säädetään julkisoikeudellisen yhteistyön muodoista. Julkisoikeudellisella tehtävällä tarkoitetaan tässä lakiin perustuvien tehtävien hoitamista. Vallitsevan käsityksen mukaan oikeussuhdetta pidetään julkisoikeudellisena, jos julkisyhteisö on julkisen vallan edustajan roolissa osapuolena sopimussuhteessa, muuten kysymyksessä on yksityisoikeudellinen oikeussuhde. Rajanveto julkisoikeuden ja yksityisoikeuden välillä on toisinaan hankalaa. Näyttää siltä, että se on riippuvainen siitä, ketkä ovat oikeussuhteen osapuolia ja missä ominaisuudessa ne esiintyvät. Yhteistyö perustuu julkisoikeudelliseen sopimukseen, jolloin riita-asiat käsitellään hallinto-oikeudessa.⁷² KuntaL 76 §:n mukaan kunnat voivat sopia, että tehtävä annetaan toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta taikka, että tehtävän hoitaa kuntayhtymä. Sopimussyhteistyö voi koskea yhteisen viran perustamista ja siitä aiheutuvien kustannusten jakamista, viranomaistehtävien hoitamista ostopalveluna tai yhteisen toimielimen asettamista.⁷³

Yksityisoikeudellista yhteistyötä kunnat voivat harjoittaa pääasiassa yleisen toimialansa alueella yksityisoikeudellisin muodoin. Toiminta ilmenee yleensä erilaisina sopimussuhteina, kuten työ- ja urakkasopimuksina, kiinteistökauppoina ja hankintasopimuksina. Kunnan yksityisoikeudellinen toimiala jää kuntalain sääntelyn ulkopuolelle, sillä tälle toimialan lohkolle sovelletaan yksityisoikeudellisia säännöksiä. Kunnan toimintavapaus on kuitenkin rajoitetumpi kuin yksityisoikeudellisen henkilön, koska kunnalla katsotaan olevan oikeus yksityisoikeudellisiin toimiin vain siksi ja sillä laajuudella, kuin se on tarpeen kunnalle kuuluvien julkisoikeudellisten tehtävien suorittamiseen nähden. Yksityisoikeudellista yhteistyötä on tehty esimerkiksi elinkeinopolitiikan alueella, jossa on käytetty osakeyhtiöitä, osuuskuntia sekä yhdistyksiä yhteistyön muotona.

⁷¹ Heuru 2006 s. 90–91.

⁷² Anttiroiko et al. 2003 s. 159, Harjula – Prättälä 2004 s. 555, Heuru 2001 s. 58–59.

⁷³ Harjula – Prättälä 2004 s. 557.

Erona julkisoikeudellisen sopimuksen riita-asioiden ratkaisemiseen on se, että yksityisoikeudellisen sopimuksen riita-asiat ratkaistaan käräjäoikeudessa.⁷⁴

Käsitteille yhteistyö ja yhteistoiminta on suomen kielen sanakirjassa annettu hyvin yhteneviä sisältöjä. Yhteistoiminnalla ja yhteistyöllä tarkoitetaan kahden tai useamman henkilön tai tahon toimintaa yhdessä jonkin päämäärän saavuttamiseksi⁷⁵. Kunnallisalalla yhteistyö ja yhteistoiminta näytetään ymmärrettävän synonyymimerkityksessä. Kuntalaki puhuu yhteistoiminnasta, mutta kunnallispoliittisissa keskusteluissa ja kirjoituksissa puhutaan kuntien välisestä yhteistyötä samassa tarkoituksessa. Tässä työssä niitä käytetään synonyymimerkityksessä.

2.2.2 Kuntayhtymät ja liikelaitokset

Kuntayhtymien edeltäjiä olivat kuntainliitot, joiden perustamisesta säädettiin jo vuonna 1932. Vuoden 1993 alusta voimaan tulleen kunnallislain osittaisuudistuksen⁷⁶ yhteydessä muutettiin kuntien yhteistyötä koskevia säännöksiä. Kuntainliitot muuttuivat kuntayhtymiksi.⁷⁷ Muutoksen yhteydessä hallituksen esityksen perusteluissa (HE 70/92) tuotiin esille, että on tarpeen väljentää kuntayhtymän sääntelyä, jotta voidaan toimia joustavammin yhteistyössä hoidettavien tehtävien kulloinkin edellyttämällä tavalla. Useat kuntainliitossa lakiin perustuvat järjestelyt jäävät kuntayhtymässä kuntien välisen sopimuksen varaan.⁷⁸

Perustuslakivaliokunta on ottanut kantaa kuntien yhteistoimintaan ja vaikutuksista kunnan oman päätöselinten päätösvaltaan. Valiokunta on tuonut esille, että lähtökohtaisesti pakolliset kuntien väliset yhteistoimintaelimet rajoittavat kunnallista itsehallintoa.⁷⁹ Tästä näkemyksestä huolimatta velvoitteesta osallistua tiettyyn yhteistoimintaan on katsottu voitavan säätää tavallisella lailla.⁸⁰ Tätä menettelyä on perusteltu muun muassa sillä, että yhteistyöelimen päätöksenteossa ei saa yhdelläkään kunnalla olla määräävää asemaa ja kunnanhallituksen tai -valtuuston tulee valita edustaja yhteistyöelimeen, muuten yhteistoimintamuoto ei täytä perustuslaillisuuden kriteeriä. Pakollisen yhteistyövelvoitteen hyväksyttävyyttä on perusteltu myös yhteiskuntapoliitti-

⁷⁴ Anttiroiko et al. 2003 s. 154–158. Heuru 2001 s. 58–59.

⁷⁵ Nurmi 1998 s. 1311.

⁷⁶ Laki kunnallislain muuttamisesta 979/1992.

⁷⁷ HE 70/1992 vp, s. 8–10. Harjula – Prättälä 2004 s. 565–566.

⁷⁸ Hannus – Hallberg 1997 s. 477–478, Harjula – Prättälä 2004 s. 566.

⁷⁹ Sallinen 2007 s. 110.

⁸⁰ Ks. esim Heurun näkemys itsehallinnon suhteesta perustuslakiin on toisenlainen luvussa 2.1.4.

silla kriteereillä, joiden voidaan katsoa täyttyvän, jos toiminta kohdistuu ylikunnallisiin palveluihin tai kyseessä on toiminnan tarkoituksen mukainen järjestäminen. Perimmäisenä tarkoituksena on turvata perustuslain mukaiset perusoikeudet ja niihin liittyvät palvelut.⁸¹

Kuntayhtymä on julkisoikeudellinen oikeussubjekti, jonka kunnat ovat muodostaneet perussopimuksella. Yhtymän toiminta on itsenäistä omaan päätösvaltaansa nojaavaa toimintaa, johon liittyy oikeuksia ja velvollisuuksia. Kuntayhtymän toimintamuodoista säädetään kuntalaissa (10.luku). Kuntayhtymät voivat hoitaa julkisoikeudellisia sekä muita tehtäviä. Kunta luopuu päätösvalloistaan niillä aloilla, joita yhtymä hoitaa. Vaikuttaminen tapahtuu kuntayhtymän päätösvaltaa käyttävään toimielimeen valittujen luottamushenkilöiden kautta. Laki ei enää määrittele kuntayhtymässä tarvittavaa organisaatiota, vaan päätöksenteosta, toimielinten jäsenten lukumäärästä ja äänivallan perusteista voidaan sopia kuntien välisessä, valtuustojen hyväksymässä perussopimuksessa.⁸²

Kuntayhtymiä on sekä pakollisia että vapaaehtoisia. Pakollisia kuntayhtymiä ovat erikoissairaanhoidon järjestämistä varten perustetut sairaanhoitopiirien kuntayhtymät, kehitysvammaisten huoltoa varten perustetut erityishuoltopiirit ja maakuntien liitot, jotka vastaavat maakuntakaavoituksesta sekä toimivat aluekehitysviranomaisina.⁸³ Vapaaehtoisia kuntayhtymiä on perustettu erityisesti koulutuksen, terveydenhuollon ja elinkeinojen kehittämisen aloille.⁸⁴ Kuntayhtymä on nykyisin yleinen yhteistoiminnan muoto, vaikka se organisaatio- ja hallintorakenteeltaan on melko raskas. Hankintasääntelyn osalta kuntayhtymään kuuluvien kuntien ja yhtymän välinen palveluiden hankinta on tulkittu yleensä kuntien väliseksi yhteistoiminnaksi. Perusteluna on käytetty kuntalain antamaa määrämuotoista asemaa kuntien välisenä yhteistyöelimenä⁸⁵. Kuntayhtymien ja kuntien väliseen yhteistyöhön esimerkiksi sidosyksikköhankintojen osalta liittyy problematiikkaa, johon palataan myöhemmin tässä työssä.

Liikelaitokset ovat kuntalain alaisia erillisiä yksiköitä, jotka eivät ole itsenäisiä oikeussubjekteja. Liikelaitokselle on ominaista, että se kattaa kulunsa maksutuloilla, sen investoinnit katetaan pitkällä aikavälillä tulorahoituksella ja sille laaditaan oma tuloslaskelma sekä tase. Liikelaitoksen toimintaa säätelevät kuntalaki ja kunnanvaltuuston vahvistama johtosääntö. Kunta on käy-

⁸¹ Sallinen 2007 s. 111.

⁸² Anttiroiko et al. s. 159–160, Laamanen (toim.) 2005 s. 40.

⁸³ Harjula – Prättälä 2004 s. 566–567.

⁸⁴ Anttiroiko et al. s. 159–160, Laamanen (toim.) 2005 s. 40, Pekkala 2007 s. 120.

⁸⁵ Ks. esim. Valkama 2005 s. 35.

tännössä vastuussa liikelaitoksen sitoumuksista. Liikelaitos kuuluu kunnan organisaatioon, ei ole kunnasta erillinen oikeushenkilö eikä itsenäinen kirjanpitovelvollinen.⁸⁶

Yhteistyön näkökulmasta liikelaitos voi kuulua myös kuntayhtymään, jolloin se on osa kuntayhtymän organisaatiota. Liikelaitos voi olla myös seudullinen, usean kunnan omistama, jolloin se kuuluu yhden kunnan organisaatioon, joka toimii juridisena oikeushenkilönä. Kun liikelaitos kuuluu yhden yhteistyöalueen kunnan organisaatioon, kunnanvaltuustot hyväksyvät sopimuksen, jossa määritellään, kuinka liikelaitos yhteistä tehtävää hoitaa. Valvonnan osalta liikelaitokseen voidaan soveltaa kuntalain 77 §:n säännöstä yhteisestä toimielimestä, johon yhteistyökunnat voivat nimetä osan jäsenistä. Kunnat voivat asettaa liikelaitokselle yhteisiä tavoitteita yhtäpitävin päätöksin tai määrittellä haluamansa palvelun tilaaja–tuottajamallin mukaisesti sopimuksilla. Kuntayhtymässä liikelaitoksen toimintaa ohjaavat perussopimuksen mukaiset yhtymän omat toimielimet, joiden jäsenistö koostuu seudun kuntien valitsemista edustajista.⁸⁷

Hallituksen esityksessä (HE 263/2006) ehdotettiin kuntalakiin lisättäväksi kunnallisen liikelaitoksen määrittely hallinnon, toiminnan ja talouden perusteista. Kunnallinen liikelaitos voidaan perustaa liiketoimintaa tai muuta liiketaloudellisten periaatteiden mukaan hoidettavaa tehtävää varten. Kunnallinen liikelaitos on joko kunnan tai kuntayhtymän yksin taikka kuntien isäntäkuntamallin perusteella perustama liikelaitos tai kuntien ja kuntayhtymien yhdessä perustama liikelaitoskuntayhtymä. Kunnan ja kuntayhtymän liikelaitos on edelleen osa kuntaa tai kuntayhtymää eikä itsenäinen oikeushenkilö ja kirjanpitovelvollinen. Liikelaitoskuntayhtymänä toimiva kunnallinen liikelaitos on kuitenkin itsenäisen oikeushenkilö ja kirjanpitovelvollinen.⁸⁸ Tähän asti kuntalaissa ei ole ollut erillistä säännöstä kunnan liikelaitoksista. Liikelaitoksen toiminnan ohjaus on tapahtunut valtuuston tehtävien kautta. Valtuuston tehtävänä on kunnan hallinnon järjestäminen ja se voi päättää, järjestetäänkö kunnan toimintaa liikelaitoksen muodossa.⁸⁹ Kuntalain 13 §:n mukaan valtuuston tehtävänä on päättää kunnan liikelaitokselle asetettavista toiminnallisista ja taloudellisista tavoitteista.

Lakiin kuntalain muuttamisesta (519/2007) lisättiin kuntakonsernia ja kunnallista liikelaitosta koskevat säännökset. Uutena toimintamuotona liikelaitoksiin liittyen tuli liikelaitoskuntayhtymä, joka on uusi kuntien yhteistyömuoto - kuntien yhteinen liikelaitos. Kuntayhtymät yhdessä taikka yksi tai useampi kunta tai kuntayhtymä yhdessä voisi perustaa liikelaitoksen, joka olisi

⁸⁶ Harjula – Prättälä 2004 s. 178–179, Majonen – Mäki – Tammi 2004 s. 126, Laamanen (toim.) 2005 s. 41.

⁸⁷ Laamanen (toim.) 2005 s. 41, Majonen – Mäki – Tammi 2004 s. 126.

⁸⁸ Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuntalain muuttamisesta 263/2006 vp, s. 27–29.

⁸⁹ Heuru 2001 s. 132.

erillinen julkisoikeudellinen oikeushenkilö. Tällainen liikelaitos on oikeudelliselta asemaltaan kuntayhtymä ja sen nimessä tulisi olla sana ”liikelaitoskuntayhtymä”. Liikelaitoskuntayhtymään sovelletaan kuntayhtymää koskevia säännöksiä, jollei kuntalaissa ole siitä poikkeavaa säännöstä. Liikelaitoskuntayhtymä voidaan perustaa vain liiketoimintaa tai liiketaloudellisten periaatteiden mukaisesti hoidettavia tehtäviä varten. Säännös tekee mahdolliseksi myös viranomaistehtävien siirron kunnalliselle liikelaitokselle toisin kuin valtion liikelaitoslaki (1185/2002). Ehdotettujen muutoksien tarkoituksena on selkeyttää liikelaitoksen toimintaa ja taloutta, mutta ei muuttaa sen asemaa muutoin.⁹⁰

2.2.3 Sopimusyhteistyö

Kunnat voivat sopia tehtävien antamisesta toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta (KuntaL 76.2 §). Niin ikään kunnilla on mahdollisuus siirtää laissa säädetyn tehtävän hoitaminen virkavastuulla⁹¹ toisen viranhaltijan hoidettavaksi niin sanottuna ostopalveluna (76.3 §). Sopimusyhteistyö voi merkitä yhteisen viran perustamista (76.2 §). Sopimusyhteistyöstä voidaan säätää myös erityislainsäädännöllä, kuten pelastustoimen alueiden muodostamisesta annettu laki (1214/2001)⁹², joka velvoittaa kunnat järjestämään kunnan pelastustoimen palvelujen tuottamisen valtioneuvoston määräämillä pelastustoimen alueilla. Alueiden kuntien on sovittava pelastustoimen yhteistyön järjestämisestä. Lähes kaikilla alueilla on sovittu, että yksi kunta hoitaa pelastustoimen muiden kuntien puolesta ja sopijakunnat osallistuvat hallintoon valitsemalla oman edustajan yhteiseen toimielimeen sekä maksavat osan kustannuksista. Isäntäkunta hoitaa sille sopimuksella määrätyt tehtävät.⁹³

Yhteinen viranhaltija voi olla virkasuhteessa useampaan kuntaan, jolloin viranhaltijan tehtävänä on hoitaa virkaa kahdessa tai useammassa kunnassa. Kunnat tekevät päätöksen viran perustamisesta mutta yksi kunta vastaa työnantajan velvollisuuksista. Kustannusten ja työpanosten jakautumisesta sekä muista järjestelyistä on sovittava kuntien kesken.⁹⁴ Yhteisen viran perustaminen on vahva yhteistyömuoto kuntien välillä. Yhteistyön tulkitseminen julkiseksi hankinnaksi näiden osalta on epätodennäköistä.

⁹⁰ HE 263/2006 vp. s. 27–29, Suomen Kuntaliitto: Yhteistoiminnan muodoista kuntien teknisessä toimessa <www.kunnat.net/attachment.asp?path=1;29;356;61493;107967> (17.10.2007).

⁹¹ Virkavastuulla tarkoitetaan vastuuta toiminnan lainmukaisuudesta. Harjula – Prättälä 2004 s. 563.

⁹² Laki pelastustoimen alueiden muodostamisesta (1214/2001).

⁹³ Harjula – Prättälä 2004 s. 561–562, Laamanen (toim.) 2005 s. 39–40.

⁹⁴ Valkama 2005 s. 31–32, Harjula – Prättälä 2004 s. 558–564.

Yhteinen toimielin on yksi kuntalain tarjoamista mahdollisuuksista kuntien yhteistoiminnan organisoimiseksi. Kun jokin kunta hoitaa sopimuksen mukaan yhden tai useamman kunnan puolesta tietyn palvelutehtävän, kunnat voivat sopia, että muut sopimuskunnat valitsevat osan jäsenistä tehtävistä vastaavan kunnan toimielimeen. Kuntalain (77 §) mukaan yhteinen toimielin voi olla lautakunta (yhteislautakunta), johtokunta tai toimikunta. Yhteislautakunnan kautta tapahtuvasta toiminnan organisoinnista voidaan käyttää myös nimityksiä *keskuskuntamalli* tai *isäntäkuntamalli*. Yhteisiä toimielimiä on ollut käytössä jo pitkään kuntien hoitaessa tiettyjä viranomais- ja palvelutehtäviä yhdessä. Yhteisiä toimielimiä on perustettu kuntien palvelu- ja elinkeinoyhteistyön, aluekehitystehtävien koordinoiminnin ja poliittisen ohjauksen vahvistamiseen. Yhteinen toimielin ei ole jäsenkunnista erillinen oikeushenkilö, vaan on yhden sopimuskunnan valtuuston ja hallituksen alainen toimielin. Sillä ei myöskään ole oikeutta toimia työnantajana tai oikaisuvaatimus- ja muutoksenhakumenettelyssä. Yhteinen toimielin hoitaa sopijakuntien puolesta sille säädetyt ja määrätyt tehtävät.⁹⁵

Jäsenet yhteiseen lautakuntaan valitaan sopimuskuntien valtuustoissa, mikäli on kyseessä valtuustolle kuuluva tehtävä. Jäsenkunnat osallistuvat näin yhteisen toiminnan valvontaan, johon niillä ei ilman yhteistä toimielintä olisi oikeudellista mahdollisuutta toisen kunnan organisaatiossa. Hankintalainsäädäntöön nähden yhteinen toimielin on pääsääntöisesti sidosyksikkö eli in house -yksikkö peruskuntaan nähden. Yhteistoiminnan hallintoa ja valvontaa varten perustettu toimi- tai yhteistyöelin viittaa muuhun kuin hankintaan. Pelkkä yhteistyöelimen olemassaolo ei sulje järjestelyjä yksiköiden välillä hankintalain soveltamisen ulkopuolelle, mutta hallinnon järjestämisen tapa ja muoto auttavat arvioimaan järjestelyjen luonnetta kokonaisuutena.⁹⁶ Yleisesti ottaen kuntien yhteistoiminnaksi katsottavassa yhteistyössä on tyypillistä sopimuksen pitkäkestoisuus, kustannusten keskinäinen jakaminen ja yhteisvastuullisuus palveluista hyötyvien kuntien kesken ilman voiton tavoittelua.⁹⁷

Kunnat voivat sopia viranomaistehtävien hoitamisesta *ostopalveluna* (KuntaL 76.3 §). Kysymys on aina kahden kunnan välisestä sopimuksesta. Ostopalvelusopimuksella voidaan ostaa palvelua toiselta kunnalta perustamatta yhteistä virkaa tai toimielintä. Kunnan viranomaistehtävien hoitaminen voidaan ostaa vain toiselta kunnalta. Kuntalaki ei anna kunnalle mahdollisuutta ostaa

⁹⁵ Harjula – Prättälä 2004 s. 564, Hannus – Hallberg 1997 s. 484–486, Suomen Kuntaliitto, muistio 17.10.2005, Juha Myllymäki s. 1, < http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;55264;55275;117031;117384;117108 > (7.3.2007).

⁹⁶ Harjula – Prättälä 2004 s. 564, Hannus-Hallberg 1997 s. 484–486, Suomen Kuntaliitto, muistio, 17.10.2005, Juha Myllymäki. s. 1-3.

⁹⁷ TaVM 26/2006 vp. s. 6.

viranomaistehtäviä sellaiselta kuntayhtymältä, jonka jäsenenä kunta ei ole, eikä yksityisiltä yhteisöiltä tai säätiöiltä. Viranomaistehtävien hoitamiseen liittyy usein julkisen vallan käyttöä. Tällaisia tehtäviä ovat esimerkiksi lupa, valvonta- ja tarkastusviranomaisen tehtävät sekä yksilön etua ja oikeutta käsittelevät tehtävät samoin kuin kunnan sisäiseen hallintoon kuuluvat tehtävät. Kunnat voivat sopia, että kunnalle tai sen viranomaiselle laissa säädetty tehtävä, jossa toimivaltaa voidaan siirtää viranhaltijalle, annetaan virkavastuulla toisen kunnan viranhaltijan hoidettavaksi.⁹⁸ Virkamieshallintoperiaatteen taustalla on perustuslakiin pohjautuva käsitys hallinnollisten tehtävien asianmukaisesta hoitamisesta. Viranhaltijoiden rikosoikeudellinen virkavastuu ja vahingonkorvausvastuu turvaavat hallinnon lainalaisuuden periaatteen toteutumisen.⁹⁹ Aikaisemman kunnallislain (953/1976) mukaan ei ollut mahdollista ostaa ostopalveluna viranomais-tehtäviä, joihin sisältyy julkisen vallan käyttöä vaan oli perustettava yhteinen virka. Uudessa kuntalaissa (365/1995) tämä tehtiin mahdolliseksi ja säädettiin myös noihin tilanteisiin liittyvää virkavastuusta.¹⁰⁰

Ostopalveluja koskevat hankinnat toteutetaan noudattaen julkisista hankinnoista annettua lakia, joka edellyttää palveluyritysten kilpailuttamista, mikäli ei ole kysymys esimerkiksi virkavastuulla tapahtuvasta toiminnasta tai hankinnan jäädessä arvoltaan alle kansallisten kynnysarvojen¹⁰¹ tai palvelua ei saa yleisiltä markkinoilta. Toiminnasta ja kuntien välisestä sopimuksesta riippuen kyseessä voi olla joko hankintalain tarkoittama palvelujen osto tai yhteistoiminta, johon hankintalakia ei sovelleta. Erityisenä mielenkiinnon kohteena on tältä osin selvittää, ovatko ostopalvelut kuntien välistä yhteistyötä vai ovatko ne hankintalain edellyttämää kilpailutettavaa toimintaa ja millaisia reunaehtoja niihin sisältyy. Kuntien väliset yhteistyömuodot saattavat olla vaikeasti toisistaan erotettavia samankaltaisuutensa vuoksi ja siksi on käytettävä erityistä huolellisuutta eri hankintamuotoja arvioitaessa.

⁹⁸ HE 192/1994 vp, s. 118–119, Harjula – Prättälä 2004 s. 563, ks. myös Valkama 2005 s. 31–32.

⁹⁹ Valkama 2005 s. 31–32, Anttiroiko et al. 2003 s. 157.

¹⁰⁰ Anttiroiko et al. 2003 s. 161–162.

¹⁰¹ Kansallisen kynnysarvon suuruus on tavara- ja palveluhankinnoissa on 15.000 euroa, sosiaali- ja terveydenhoitoalan palveluhankinnoissa 50.000 euroa ja urakoissa 100.000 euroa. Kansallisen kynnysarvon alittaviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia eikä näistä päätöksistä voida hakea muutosta markkinaoikeudelta. Näiden hankintojen kohdalla tulee kuitenkin käytännössä mahdollisuuksien mukaan hyödyntää markkinoita ja toimia yleisten hyvien hankintaperiaatteiden mukaisesti. Hankintalaki 15 §. Ks. myös Suomen Kuntaliitto: tiedote, http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;66354;66363;116121 (7.3.2007).

2.2.4 Osakeyhtiöt, hankintarenkaat ja yhteishankintayksiköt

Kunnat voivat harjoittaa yhteistyötä monin eri muodoin lähinnä yleisen toimialansa alueella. Ne voivat tehdä yksityisoikeudellisia sopimuksia keskenään, kuten perustaa osakeyhtiön. Yleisimpiä kuntien yhtiöitä ovat elinkeinoyhtiöt ja jätehuolto-yhtiöt. Kuntien välisessä ja seudullisessa yhteistyössä osakeyhtiön avulla tavoitellaan korkeaa substanssin hallintaa useaan kuntaan hajotetun toiminnan sijaan.¹⁰²

Osakeyhtiö on itsenäinen oikeussubjekti, jonka toimintaa ja hallintoa sääntelee osakeyhtiölaki (624/2006). Kuntalaki sääntelee yhtiön toimintaa valittaessa kunnan edustajia yhtiön hallintoon, osittain edustajien vastuukysymyksissä ja yhtiön toimialaa määriteltäessä. Valtuusto, hallitus tai kunnanjohtaja ei voi antaa kunnan omistaman osakeyhtiön toimielimille oikeudellisesti sitovia määräyksiä. Yhtiön hallituksen jäsenillä ja toimitusjohtajalla on osakeyhtiölain mukainen taloudellinen vastuu hallituksen tekemistä päätöksistä. Omistajaohjauksen kannalta tärkeitä välineitä ovat yhtiön yhtiöjärjestys, omistajan tai omistajien ja yhtiön välinen yhteistoimintasopimus ja useamman kunnan yhteisen yhtiön omistajien välinen osakassopimus. Yhtiön hallintoelinten päätökset eivät ole julkisia eikä kuntienkaan omistamien yhtiöiden päätöksistä voi tehdä oikeusvaatimusta tai kunnallisvalitusta. Luottamushenkilöiden vaikuttamismahdollisuudet kanavoituvat kunnanhallituksen kautta.¹⁰³ Kunnanhallitus edustaa kuntaa osakeyhtiön yhtiökokouksessa, joka valitsee esimerkiksi yhtiön hallituksen.¹⁰⁴

Julkisen vallan käyttämistä sisältäviä tehtäviä ei yleensä voi siirtää osakeyhtiön hoidettavaksi. Lakiin perustuvan julkisoikeudellisen päätösvallan käyttäminen kuuluu kunnalle ja toiminta on järjestettävä kuntalain ja erityissäännösten mukaan. Poikkeuksena tähän on seutuyhteistyökokeilusta annettu laki (560/2002), jonka mukaan kokeilukunnat voivat säännöksessään mainituissa rajoissa siirtää tehtäviä ja päätösvaltaa myös yhteisölle ja säätiölle.¹⁰⁵

Osakeyhtiö, jonka kunta omistaa kokonaan, kuuluu hankintalainsäädännön ja oikeuskäytännön oppien mukaan niin sanottuun in house -piiriin. Kunnan ei tarvitse soveltaa hankintalainsäädäntöä sopimukseen, jotka se tekee omistamansa yhtiön kanssa, mikäli yhtiö ei tarjoa palvelujaan yleisesti markkinoille. Kunta saa tehdä hankinnan kilpailuttamatta omalta omistamaltaan osakeyhtiöltä, mikäli tämä yhtiö ei käy merkittävässä määrin kauppaa muiden kuin omistajakunnan tai

¹⁰² Laamanen (toim.) 2005 s. 42.

¹⁰³ Anttiroiko et al. 2003 s. 168, Laamanen (toim.) 2005 s. 42, Niskakangas – Pönkä 2006 s. 9-12.

¹⁰⁴ Harjula – Prättälä 2004 s. 229.

¹⁰⁵ Em. s. 555.

-kuntien kanssa. Jos yhtiön liikevaihdosta yli 20 prosenttia muodostuu kaupasta muiden kuin omistajien kanssa, hankinta omalta osakeyhtiöltäkin on kilpailutettava.¹⁰⁶ Hankintalain puolella ei ole asetettu selvää prosenttimäärää ulkopuolisen myynnin rajoittamiseksi. Erityisalojen hankintalaista säädös 20 %: n osuudesta löytyy.¹⁰⁷

Toiminnan on oltava luonteeltaan yhteiskunnallista ja kunnan toimintaa tukevaa. Hankintalain soveltuvuus kuntien väliseen yhteistyöhön tässä tapauksessa määräytyy Teckal – kriteerin¹⁰⁸ perusteella. Teckal -tapaukseen palaan vielä myöhemmin tässä työssä. Kuntien omistaman osakeyhtiön ja omistajakunnan välinen sopimus voi jäädä hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle. Arvioinnissa on huomioitava kaikki merkitykselliset lainsäädännökset sekä olosuhteet. Mikäli yksityinen taho omistaa osan osakeyhtiössä, se muuttaa tilannetta. Yhteisön tuomioistuimen ratkaisussa Stadt Halle (C-26/03)¹⁰⁹ tuomioistuin totesi hankintalainsäädännön tulevan sovellettavaksi kaupungin ja jäteyhtiön väliseen sopimukseen, kun kaupunki omisti jäteyhtiöstä 75 % ja yksityinen yhtiö 25 %¹¹⁰.

Kuntien yhteistyö on ilmennyt erityisesti yhteisinä hankintoina. Julkisia hankintoja koskeva lainsäädäntö ei aseta estettä sille, että kunnat tekevät hankintoja yhdessä. Kunnat ja kuntayhtymät voivat sopia siitä, että tietty hankinta tehdään yhteistyössä niin sanotun hankintarenkaan muodossa. Yhteistoiminnalla hankinnoissa haetaan suurempia kustannussäästöjä kuin yksittäisen kunnan omana työnä tehdyllä kilpailutuksella saataisiin aikaan. Yhteinen kilpailuttaminen tuo myös huomattavaa ajankäytön säästöä, kun erikoisosaamista vaativa kilpailuttamisprosessi hoidetaan yhdessä paikassa keskitetysti. Käytännössä kilpailutus hoidetaan yleensä niin, että yhdelle hankintarenkaan¹¹¹ osallistujakunnalle annetaan valtuutus hoitaa kilpailutus. Jokaisen kunnan on kuitenkin itse tehtävä oma hankintapäätöksensä ja kustakin päätöksestä on erillinen muutoksenhakuoikeus markkinaoikeuteen. Kaikki hankintarenkaassa mukana olevat tahot eivät

¹⁰⁶ Suomen Kuntaliitto, muistio 17.10.2005, Juha Myllymäki s. 3–4.

¹⁰⁷ Pekkala 2005 s. 112.

¹⁰⁸ Teckal – ratkaisu on avattu luvussa 3.4.3 Kuntien väliseen yhteistyöhön liittyviä kysymyksiä.

¹⁰⁹ Tapauksessa oli kysymys saksalaisen Hallen kaupungin tekemästä suorahankinnasta 100 %:sti omistamiensa kahden tytäryhtiön välityksin yhtiöltä, josta "tyttärentytär" omisti 75,1 % ja yksityinen yritys 24,9 %. EY-tuomioistuin on katsonut että Palveluhankintadirektiivi 92/50 tulee sovellettavaksi aina tilanteessa, jossa hankintaviranomaisella on tarkoitus tehdä rahallista vastiketta vastaan sopimus siitä oikeudellisesti erillisen yhtiön kanssa, jossa se on osakkaana yhden tai useamman yksityisen yrityksen kanssa, edellyttäen että sopimus koskee sellaisten palvelujen suorittamisesta, jotka kuuluvat direktiivin soveltamisalaan. Tämä tarkoittaa sitä, että yksityinen omistusosuus yhtiössä aina "saastuttaa" julkisen ja yksityisen sektorin yhdessä omistaman yhtiön siten, ettei sitä voida enää katsoa sidosyritykseksi. Näin ollen ei ole oikeutta hankkia suoraan tällaiselta yhtiöltä EY-tuomioistuimen mukaan pienikin vähemmistöosuus yhtiössä aiheuttaa sen, ettei hankintayksikkö voi valvoa yhtiötä vastaavalla tavalla kuin se valvoo omia toimipaikkojaan. (TEM, <http://www.tem.fi/index.phtml?s=2025>, 22.1.2008).

¹¹⁰ Suomen Kuntaliitto, muistio 17.10.2005, Juha Myllymäki s. 3–4.

¹¹¹ Hankintarenkaalla tarkoitetaan usean kunnan tai kuntayhtymän yhteenliittymää, jotka muodostamatta oikeushenkilöä harjoittavat yhteistä ostotoimintaa edullisempien tuotteiden saamiseksi.

välttämättä hanki kaikkia yhteishankintatuotteita yhteishankintana, vaan osallistuminen voi vaihdella tuoteryhmittäin ja vuosittain. Hankintarenkaan toiminnan kannalta on kuitenkin tärkeää, että mukana olevat kunnat sitoutuvat tekemiinsä päätöksiin hankintakauden loppuun saakka.¹¹²

Hankintarenkaita voidaan luokitella yhteistyön laajuuden mukaan neljään ryhmään:

- Hankintatoimen viranhaltijayhteistyö, jossa hankinnoista vastaavat virkamiehet tekevät yhteistyötä.
- Seudullinen ostorengas on sopimus yhteisestä kilpailuttamisesta, jossa jäsenkunnat tai kuntayhtymät tekevät hankintapäätöksen itsenäisesti tarjouskilpailun jälkeen.
- Seudullinen hankintarengas on yhteistyösopimus, jossa kunnat ilmoittavat vuosittaiset hankintamääränsä ja sitoutuvat hankintoihin.
- Seudullinen logistiikkarengas on yhteistyösopimus, joka kattaa koko logistiikan.¹¹³

Yhteishankintoja on tehty lähinnä elintarvikkeissa, poltto- ja voiteluaineissa, oppimateriaaleissa, teknisissä laitteissa sekä atk- ja toimistolaitteissa.¹¹⁴ Hankintarengas ei kuitenkaan vastaa yhteishankintayksikön määritelmää, vaikka kyseessä onkin yhteisesti järjestetty hankintamenettely.

Vanhan hankintalain 11 §:n mukaan:

Tarjouskilpailua ei kuitenkaan tarvitse järjestää yhteishankinnassa, kun hankinta tehdään sellaiselta yhteishankintayksiköltä, joka on noudattanut tämän lain säännöksiä hankinnan tekemisestä. Hankintayksikön, joka antaa hankinnan toisen tehtäväksi, on asetettava ehdoksi, että hankinnan tekijä noudattaa, mitä tässä laissa säädetään.

Säännöksen sisältö säilyy myös uudessa hankintalaissa. Lakiin lisättiin kuitenkin *yhteishankintayksikön* määritelmä (11 §), jossa täsmennetään yksikön sisältöä ja tarkoitusta. Edelliseen määritelmään lisäyksenä voidaan mainita, että yhteishankintayksikön tulee toimia sillä alalla, mikä on perustamisvaiheessa määritelty yksikön toimialaksi sekä yhteishankintayksikön tulee harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien hankintayksiköiden kanssa. Yhteishankintayksikkö voisi olla yhden tai useamman kunnan tai kuntayhtymän perustama yksikkö, jonka perustamisessa sovelletaan kuntalain menettelytapoja. Yksikön toimiala tulee määritellä kunnallisen päätöksenteon yhteydessä sekä yksikön toimintaa koskevassa ohjesäännössä tai vastaavassa asiakir-

¹¹² Laamanen (toim.) 2005 s. 93.

¹¹³ Kivelä 2002 s. 35.

¹¹⁴ Kalima 2001 s. 307.

jassa. Yhteishankintayksikkö on yleensä oikeudellisesti itsenäinen. Yhteishankintayksikkönä voisi toimia esimerkiksi osakeyhtiö, kuntayhtymä tai säätiö. Etelä-Karjalassa, Lappeenranta–Imatra-kaupunkiseudun aluekeskusohjelmantoimesta on perustettu maakunnallinen yhteishankintayksikkö. Yksikkö sijoittuu Lappeenrannan kaupungin keskushallintoon. Yksikön henkilöstöön kuuluu neljä henkilöä. Yhteishankintayksikön toimintaa valvoo viisijäseninen hankintatoimikunta, johon toiminta-alueen kunnat nimeävät edustajansa. Kuntalain mukainen, isäntäkuntamallin pohjalta toimiva yhteistyö täyttäneen hankintalainsäädännön edellyttämät kriteerit.¹¹⁵ Kuntien ja kuntayhtymien yhteisenä keskitettynä yhteishankintayksikkönä voisi toimia Suomen Kuntaliitto tai sen perustama yhteisö.¹¹⁶

Yhteishankintayksikön tehtävänä on hankkia sen omistaville hankintayksiköille tavaroita ja palveluita tai rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia tai puitejärjestelyjä. Yhteishankintayksikkö voi hankkia ennalta tavaroita ja palveluja tarpeen mukaan. Se voi myös tehdä hankintakohtaisia kilpailutuksia tavaroiden, palveluiden ja rakennusurakoiden osalta.¹¹⁷ Yhteishankintayksikön palvelut helpottaisivat kuntien hankintamenettelyihin liittyviä työvaiheita, säästäisivät aikaa ja todennäköisesti myös kustannuksia, koska yksikkö suorittaisi usein vaativan hankintojen kilpailuttamisprosessin lainsäädännön edellyttämällä tavalla, jolloin ei valituksista aiheutuvia kustannuksia aiheutuisi.

2.2.5 Yhdistykset ja säätiöt

Kunnat voivat perustaa muita kuin viranomaistoimintoja varten muita yksityisoikeudellisia yhteisöjä esimerkiksi *yhdistyksiä, säätiöitä ja osuuskuntia*. Yhdistysten toimintaa sääntelee yhdistyslaki (503/1989). Yhdistyksen voivat perustaa yksityishenkilöt tai oikeuskelpoiset yhteisöt yhteisen aatteellisen tarkoituksen toteuttamista varten. Yhdistyksen toiminnan tarkoitus ei tähtää voiton tai taloudellisen edun hankkimiseen. Oikeustoimikelpoisuuden yhdistys saa rekisteröidyttyään yhdistysrekisteriin. Joitakin kunnallisia tehtäviä kuten elinkeinojen kehittämistä, voidaan hoitaa myös yhdistysmuotoisena. Toisena esimerkkinä voidaan mainita päiväkotiyhdistys.¹¹⁸

¹¹⁵ Joutsenon kaupunginvaltuuston päätös 19.11.2007, <<http://194.251.35.187/pkirja2/kokous/KOKOUS-1256-8.HTM>> (20.1.2008), Taipalsaaren kunnanvaltuuston päätös 19.12.2007, <<http://taipalsaari.frodos.fi/kokous/2007498-9.HTM>> (20.1.2008).

¹¹⁶ HE 50/2006 vp, s. 63–65, Kaarresalo 2007 s. 49.

¹¹⁷ HE 50/2006 vp, s. 63–65.

¹¹⁸ Anttiroiko et al. 2003 s. 169.

Säätiö perustetaan joko säädekirjalla tai testamentilla. Perustamismääräyksistä ilmenee säätiön tarkoitus ja säätiölle tuleva omaisuus. Säätiö tulee merkitä säätiörekisteriin, jotta se voi toimia oikeushenkilönä. Säätiötä sääntelee säätiölaki (109/1930) ja – asetus (1045/1989). Säätiöitä voidaan perustaa moniin eri tarkoituksiin. Yleisiä ovat kulttuuria tai tiedettä tukeva toiminta tai museon tai oppilaitoksen ylläpitäminen säätiön kautta. Säätiö soveltuu kuntien väliseksi yhteistyömuodoksi vain poikkeuksellisesti, koska sen päätöksenteko on hyvin sidottua.¹¹⁹

Osuuskunta on yhteisö, jonka jäsenmäärää eikä osuuspääomaa ole ennalta määrätty. Osuuskunnan tarkoituksena on jäsenten taloudenpidon ja elinkeinon tukemiseksi harjoittaa taloudellista toimintaa siten, että jäsenet käyttävät hyväkseen osuuskunnan tarjoamia palveluita taikka palveluita, jotka osuuskunta järjestää tytäryhteisönsä avulla tai muulla tavalla. Osuuskunnasta säädetään osuuskuntalaissa (1488/2001). Päätösvalta osuuskunnassa on jäsenillä; jäsen ja ääni -periaatteella. Säätiötä on eri toimialoilla esimerkiksi Päihdepalvelusäätiö Jyväskylän seudulla. Säätiöön kuuluu kolme muuta kuntaa Jyväskylän lisäksi.¹²⁰ Edellä mainitut yhteisöt voivat toimia myös kuntien yhteistyöelimenä.

Julkisoikeudellisen laitoksen ja samalla hankintayksikön määrittäminen on osoittautunut jossain määrin vaikeaksi käytännössä yhdistysten ja säätiöiden osalta. Määriteltäessä yhdistyksiä ja säätiöitä hankintayksikköinä tulee tarkastella rahoituksen valvontaa ja hallintoelinten jäsenten nimittämisen pohjaa.¹²¹

Markkinaoikeus on käsitellyt tapauksessa MAO:53/04 hankintayksikön määrittelyä:

Tapauksessa oli kyse siitä, oliko Helsingin seudun opiskelija-asuntosäätiö (HOAS) hankintalain tarkoittama hankintayksikkö. Markkinaoikeuden mukaan HOAS on perutettu huolehtimaan tehtävästään yleisen edun tarkoituksessa ilman teollista tai kaupallista tarkoitusta. Oli selvítettävä täytyisikö sen osalta jokin julkisoikeudellisen laitoksen riippuvuutta kuvaava seikka. HOAS sai rahoituksensa pääasiassa vuokratuloista. HOAS:n hallintoelimissä määräävässä asemassa olivat ylioppilaskunta ja oppilasyhdistykset. Markkinaoikeus ei pitänyt kuitenkaan näitä hankintalain mukaisina hankintayksikköinä. Arvion perustana olivat ylioppilaskunta-asetuksen säännökset, ylioppilaskuntia koskevat säännöt ja niiden rahoitus. Merkityksetöntä arvioinnin kannalta oli se, että ylioppilaskunnat ovat luonteeltaan julkisoikeudellisia yhdistyksiä. Näinä ollen HOAS:ia ei pidetty julkisoikeudellisena laitoksena eikä hankintalain mukaisena hankintayksikkönä.¹²²

¹¹⁹ Anttiroiko et al. 2003 s. 168.

¹²⁰ Anttiroiko et al. 2003 s. 168, Laamanen (toim.) 2005 s. 42.

¹²¹ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 42.

¹²² Em., Pekkala 2007 s. 55.

Hankintayksikön määrittelyyn palataan tarkemmin luvussa 3.3.1.

2.2.6 Kokeiluja ja uudistushankkeita

Seudullisen yhteistyön edistämiseksi on säädetty laki seutuyhteistyöstä (560/2002). ”Lain tavoitteena on hankkia kokemuksia siitä, miten kuntien vapaaehtoisella seutuyhteistyöllä voidaan turvata julkisten palvelujen saatavuutta ja laatua, parantaa elinkeinopolitiikan edellytyksiä, kehittää seudullista yhdyskuntarakennetta sekä vahvistaa kunnallista itsehallintoa ja edistää päätösvalan hajauttamista”¹²³. Lakia sovelletaan tietyillä kokeilualueilla.

Tehtäviä ja päätöksiä voivat hoitaa joko seudullinen julkisoikeudellinen toimielin tai seudun kuntien yhteinen yksityisoikeudellinen yhteisö. Se voi hankkia oikeuksia ja tehdä sitoumuksia sekä olla asianosaisena tuomioistuimessa ja muun viranomaisen luona. Lisäksi sillä on riittävä oikeudellinen asema seudullisten palvelujen järjestämiseen ja seudun yhteisistä voimavaroista päättämiseen.¹²⁴ Kokeilukuntien valtuustot valitsevat toimielinten jäsenet. Jokaisella kunnalla tulee olla vähintään yksi edustaja toimielimessä. Seudullinen toimielin eroaa kuntalain 77 §:n mukaisesta kuntien yhteisestä toimielimestä siinä, että se ei kuulu minkään sopijakunnan organisaatioon. Kuntayhtymistä se eroaa sikäli, että sille ei yleensä kuulu palvelujen tuottamista vaan pikemminkin yhteistä päätösvalan käyttöä.

Seutuyhteistyöhön liittyy myös laki seutuvaltuustokokeilusta (62/2004) sekä laki Kainuun hallintokokeilusta (343/2003), jossa maakunta huolehtii maakunnan suunnittelusta, alueiden kehittämisestä, terveydenhuollosta, sosiaalihuollosta ja koulutuksesta sekä yleisestä elinkeinopolitiikasta. Sosiaali- ja terveydenhuollon tehtäviä hoitamaan perustetaan Kainuun sosiaali- ja terveydenhuollon kuntayhtymä. Lukiokoulutuksen, ammatillisen koulutuksen ja ammatillisen aikuis-koulutuksen järjestäminen annetaan Kainuun koulutusyhtymälle.

Kuntien välinen yhteistyö elää merkittävää muutosvaihetta. Muutokset sisältyvät sisäasiainministeriön käynnistämään kunta- ja palvelurakennemuudistukseen (Paras-hanke) ja lakiin kunta- ja palvelurakennemuudistuksesta (169/2007) ja kuntajakolain (170/2007) muuttamisesta, jotka ovat astuneet voimaan 23.2.2007. Lain tavoitteena on elinvoimainen, toimintakykyinen ja eheä kun-

¹²³ Anttiroiko et al. 2003 s. 162.

¹²⁴ Em. 2003 s. 162–163.

tarakenne. Lisäksi lain tavoitteena on varmistaa koko maassa laadukkaat ja asukkaiden saatavilla olevat palvelut. Palvelurakenteen on oltava kattava ja taloudellinen ja sen on mahdollistettava voimavarojen tehokas käyttö. Lailla luodaan edellytykset kunta- ja palvelurakennemuutokselle, jonka tarkoituksena on vahvistaa kunta- ja palvelurakennetta kunnallisen kansanvallan lähtökohdista, kehittää palvelujen tuotantotapoja ja organisointia, uudistaa kuntien rahoitus- ja valtionosuusjärjestelmää ja tarkistaa kuntien ja valtion välistä tehtävänjakoa. Lisäksi tavoitellaan tuottavuuden parantamista, kuntien menojen kasvun hillitsemistä ja edellytysten luomista kuntien järjestämien palveluiden ohjauksen kehittämiseksi.¹²⁵

Laki velvoittaa kunnat yhteistoimintaan ja tarvittaessa kuntaliitoksiin palvelujen järjestämiseksi. Lain 5 §:n mukaan kuntien tulee muodostaa vähintään 20 000 asukkaan yhteistoiminta-alue, joka huolehtii perusterveydenhuollosta ja siihen liittyvistä sosiaalitoimen tehtävistä. Kuntien tulee ryhtyä toimenpiteisiin mainittujen väestöpohjavaatimusten toteuttamiseksi tekemällä kuntaliitoksia tai perustamalla yhteistoiminta-alueita. Ammatillisessa peruskoulutuksessa minimiväestöpohja on 50 000 asukasta. Kuntien tuli antaa selvityksensä ja suunnitelmansa sisäasiainministeriölle elokuun loppuun 2007 mennessä siitä, miten uudistus toteutetaan asianomaisen kunnan osalta.¹²⁶

Hanke on saanut osakseen runsaasti keskustelua ja arvostelua. Hankkeen käynnistämisen alkuvaiheessa esitettiin kolme muutosmallia,¹²⁷ joiden laadinnassa ei kiinnitetty kovinkaan paljon huomiota kunnan perustuslailliseen itsehallinnolliseen asemaan. Kun laajoja yhteiskunnallisia uudistuksia suunnitellaan, tulisi mallien olla myös perustuslain mukaisia.¹²⁸ Hanke on muotoutunut kuitenkin uudelleen alun jälkeen.

Perustuslakivaliokunta toi lakiehdotuksesta antamassaan lausunnossaan esille perustuslain (121 §) antaman oikeuden kunnalliseen itsehallintoon. Perustuslainvoimaisesti suojattu itsehallinto merkitsee kuntalaisille kuuluvaa oikeutta päättää kuntansa hallinnosta ja taloudesta. Oikeuksiin kuuluu muun muassa kuntalaisten oikeus itse valita hallintoelimensä. Tavallisella lailla ei voida puuttua itsehallinnon keskeisiin ominaispiirteisiin tavalla, joka tekisi itsehallinnon merkityksettömäksi. Kuntien erilaisista yhteistoimintavelvoitteista on säädetty tavallisessa lainsäätämisyksessä jo muutaman vuosikymmenen ajan. Perustusvaliokunnan käytännössä on pidetty

¹²⁵ Laki kunta- ja palvelurakennemuutuksesta (169/2007) vp. s. 1.

¹²⁶ Em. s. 2.

¹²⁷ Peruskuntamalli, piirimalli ja aluekuntamalli. Ks. esim. Heuru 2006. s. 394–400.

¹²⁸ Heuru 2006 s. 394.

mahdollisena säätää tavallisella lailla pakkokuntayhtymistä ja vastaavista kuntien yhteistoiminta-aelimistä, vaikkakin valiokunta on katsonut kuntien velvoittamisen lailla osallistumaan kuntayhtymään lähtökohtaisesti rajoittavan jossain määrin kunnallista itsehallintoa. Kuntien pakollista yhteistoimintajärjestelyä arvioidessaan valiokunta kiinnitti huomiota muun muassa yhteistoimintatehtävien ylikunnalliseen luonteeseen, hallinnon tarkoituksenmukaiseen järjestämiseen ja siihen, ettei päätöksentekojärjestelmä anna yksittäiselle kunnalle yksipuolisen määräämisvallan mahdollistavaa asemaa.¹²⁹

Perustuslakivaliokunta piti ongelmallisena kuntien yhteistoiminta-aelimen tehtävien lisäämistä siten, että se vaikuttaisi oleellisesti jäsenkuntien hallintoon ja vaarantaisi kunnalliseen itsehallintoon kuuluvan periaatteen kunnan päätösvallan kuulumisesta kuntalaisten valitsemille toimielimille. Itsehallintoon kuuluvan kansanvaltaisuusperiaatteen kannalta on hankalaa, jos kuntien päätösvaltaa ja tehtäviä siirretään hyvin laajamittaisesti seudulliselle toimielimelle tai kuntayhtymälle. Puitelain mukaan yhteistoiminta-alueen päätöksenteon tulee perustua alueeseen osallistuvien kuntien asukaslukuun, elleivät kunnat toisin sovi. Asukasluvultaan suurin kunta voi säännöksen perusteella saada alueen yksipuolisen määräämisvallan, minkä vuoksi pelkkään asukaslukuun perustuva päätöksentekojärjestelmä ei takaa väestömäärältään pienelle kunnalle mahdollisuutta tulla lainkaan edustetuksi yhteisessä toimielimessä. Lieventävä seikkana on se, että sääntely perustuu myös kuntien väliseen sopimismahdollisuuteen.¹³⁰

Mikäli uudistuksessa ei tyydytä kuntien vapaaehtoiisiin liitoksiin, vaan joudutaan lainsäädännöllä ohjaamaan kuntien yhdistymistä, herää kysymys kuntien itsehallinnollisesta asemasta. Mikä on se kunnan itsehallinnon raja, jonka sisälle ei tavallisella lailla saa mennä? Heuru nostaa esille kuusi keskeistä seikkaa, jotka on pidettävä mielessä lakia säädettäessä. Lailla ei voida 1) puuttua kunnallisen itsehallinnon keskeisiin ominaispiirteisiin tavalla, joka tekisi itsehallinnon ja kunnan oikeushenkilöllisyyden merkityksettömäksi, 2) poistaa kunnallista verotusoikeutta, 3) poistaa kunnan yleistä toimialaa, 4) poistaa kunnalta päätöksentekojärjestelmän kansanvaltaisuutta ja kunnan asukkaiden äänioikeutta kunnan päättävän toimielimen valinnassa, 5) poistaa kunnallishallinnon edustuksellista demokratiaa eikä 6) säätää kunnan hallinnon järjestämisen yksityiskohdista.¹³¹

¹²⁹ PeVL 37/2006 vp, s. 5, ks. myös Sallinen 2007 s. 110–111.

¹³⁰ PeVL 37/2006 vp, s. 5-6, ks. myös Sallinen s. 110–111.

¹³¹ Heuru 2006 s. 396–397.

Edellä olevaa kritiikkiä voidaan käyttää myös hankintalain ja kunnallisen itsehallinnon kysymystä arvioitaessa. Kunta- ja palvelurakennemuutosta ja julkisten hankintojen sääntelyä tarkasteltaessa voidaan yhteistyösopimuksia ajatellen nostaa esille ajatus, että jos yhteistyöalue on lainsäädännöllä määrätty, onko oletettavaa, että se olisi myös riittävä peruste yhteistoiminta-alueen kuntien välisille suorahankinnoille. Tätä on pohdittava, kun tehdään päätöstä siitä, pitääkö hankinnat kilpailuttaa vai ei yhteistyöalueen yksiköiden välillä. Tähän kysymykseen palataan tarkemmin luvussa 4.

3 JULKISIA HANKINTOJA SÄÄNTELEVÄ LAINSÄÄDÄNTÖ

3.1 Lainsäädännön taustaa

Kauppa- ja teollisuusministeriön asettama hankintatoimikunta (KM 1975:58) selvitti kuntien ja kuntainliittojen tavaranhankintaa sekä kansainvälisten sopimusten soveltamista julkisiin hankintoihin eri maissa. Toimikunta totesi monissa maissa olevan erityissäännöksiä, joilla suosittiin kotimaista tuotantoa. Hankintojen suuntaamisella oman paikkakunnan tai alueen toimijoihin katsottiin olevan positiivisia elinkeinopoliittisia vaikutuksia alueen elinkeinoelämään¹³². Tarjouksia pyydettiin kotimaisilta valmistajilta ja tarjousmenettely tehtiin ulkomaisille tavarantoimittajille vaikeaksi esimerkiksi erilaisilla teknisillä standardeilla. Suomessa kuntatasolla suosittiin oman kunnan tai alueen yrityksiä, samoin tehtiin Tanskassa ja Ruotsissa huolimatta Euroopan vapaakauppaliiton perustamista koskevan konvention (SopS 16/61; EFTA -konventio) määräyksistä. EFTA-sopimus korvautui käytännössä myöhemmin ETA-sopimuksella.¹³³ Suomi on ollut sopimuspuolena tullitariffeja ja kauppaa koskevan yleissopimuksen GATT in puitteissa solmitussa julkisia hankintoja koskevassa sopimuksessa (SopS 84/80)¹³⁴.

Ennen vanhan hankintalain hyväksymistä ei kunnallishallinnossa ollut voimassa tavara- tai palveluhankintoja tai rakennusurakoiden teettämistä koskevaa lakia tai asetusta. Kunnat ja kuntainliitot sovelsivat kunnalliseen itsehallintoon perustuvia yleisiä lähinnä kunnallista (953/76) ja hallintomenettelylaista (589/82) ilmeneviä kunnallishallinnon päätöksentekoperiaatteita. Kuntien sopimukseen sovellettiin kauppalain (355/87) ja varallisuus oikeudellisista oikeustoimista an-

¹³² Sallinen 2007 s. 261.

¹³³ Lievonon 1997 s. 13–17, HE 154/1992 vp, s. 3–4.

¹³⁴ HE 154/1992 vp, s. 3–4.

nettua lakia (228/29) eli oikeustoimilain säännöksiä. Monet valtionapua saaneet kunnalliset viranomaiset noudattivat myös valtion hankintaehtoja.¹³⁵

Rakennuttamisessa noudatettiin käytännössä rakennusalan urakkakilpailun periaatteita koskevaa suositusta (RT 16–10182). Kuntien keskusjärjestöt ovat antaneet ohjeita ja suosituksia hankintojen suorittamiseksi. Lisäksi kunnat ja kuntainliitot olivat hyväksyneet itsehallintonsa puitteissa omia hankintaohjeita keskusjärjestöjen suositusten mukaisina, jolloin hankinnat tuli suorittaa taloudellisesti, tarkoituksenmukaisesti ja kokonaisvaikutuksiltaan edullisimmin. Hankintojen tuli perustua joko tarjousmenettelyyn tai suoraan hankintaan.¹³⁶

Kauppa- ja teollisuusministeriö asetti vuonna 1991 toimikunnan, jonka tehtävänä oli valmistella ehdotus julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. Ehdotukseen tuli sisältyä Euroopan talousyhteisön kanssa käytävät ETA-neuvottelut ja GATT:n Uruguayn kierroksen neuvottelut julkisten hankintojen vastavuoroiseksi avaamiseksi. EY:n direktiivit sisälsivät yksityiskohtaisia määräyksiä valtion, kuntien ja kuntainliittojen hankinnoissa noudatettavista menettelytavoista. Toimikunta pyrki selkeään ja yksinkertaiseen säädöstekstiin. Direktiivit eivät tosin jättäneet juurikaan liikkumavaraa kansalliselle lainsäätäjälle. Lainvalmistelutyön yleisenä tulkintaohjeena oli, ettei direktiivin säännöstä tule arvioida tekstin sanamuodon vaan tarkoituksen mukaan. Toimikunta totesi tulkinnan olevan vaikeaa, koska viime kädessä EY:n tuomioistuimien päättää säädösten soveltamisesta, mikä taas vaikeuttaa kansallista tulkintaa. Komission ja EY:n tuomioistuimen kannatkin voivat erota toisistaan. Tämä monimutkaisuus aiheutti sen, että toimikunnan työn pohjalta syntynyt hallituksen lakiesitys oli tavallista niukemmin perusteltu.¹³⁷

Hankintalaki on yksi ensimmäisistä suomalaisista laeista, joka pohjautuu EY:n direktiiveihin. Hallituksen esityksessä (HE 154/1992) ehdotettiin säädettäväksi julkishallinnon hankintoja koskeva yleislaki. Lain tarkoituksena oli täyttää ETA-sopimuksen velvoitteet ja lisätä kilpailua julkisissa hankinnoissa siten, että hankintayksikköjen on kilpailutettava hankintansa entistä laajemmin. Tärkeänä tavoitteena oli myös kustannusten pienentäminen.¹³⁸

Kauppa- ja teollisuusministeriö asetti hankintalain uudistamista varten 11.9.2003 työryhmän, jonka tehtävänä oli laatia ehdotus hallituksen esitykseksi julkisia hankintoja koskevan lainsäädä-

¹³⁵ HE 154/1992 vp, s. 3.

¹³⁶ Em. s. 4.

¹³⁷ Lievonen 1997 s. 16–17.

¹³⁸ Em. s. 16–17.

dännön uudistamisesta. Työryhmään kuului kauppaa- ja teollisuus-ministeriön lisäksi 19 eri tahoa. Työryhmään kuului työn aikana noin viisikymmentä henkilöä. Työryhmän esityksestä antoi lausuntonsa yli 60 eri tahoa, muun muassa kaikki ministeriöt, korkein hallinto-oikeus, markkinaoikeus ja Suomen Kuntaliitto.¹³⁹ Esityksessä tuli erityisesti ottaa huomioon julkisten hankintojen direktiiviudistuksen edellyttämät muutokset, Euroopan yhteisöjen ja Suomen julkisten hankintojen kilpailuttamista koskevan oikeuskäytännön edellyttämät muutokset sekä tarpeet yksinkertaistaa julkisten hankintojen direktiivien soveltamisalan ulkopuolella olevien hankintojen kilpailuttamista koskevia säädöksiä. Lakiudistuksen yhteydessä tuli ratkaista perustuslain edellyttämät säädöstasokysymykset ja vähentää asetustasoista sääntelyä.¹⁴⁰ Hallituksen esitys asiasta annettiin keväällä 2006 ja uusi hankintalaki astui voimaan kesäkuussa 2007.

Suomen hankintalainsäädäntö perustuu EY:n perustamissopimukseen sekä asiaa koskeviin hankintadirektiiveihin. Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskeva sopimus GPA¹⁴¹ on otettu huomioon myös lainsäädännössämme. Direktiivien taustalla on perustamissopimuksen säännökset tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta sekä sijoittautumisoikeudesta. Säännöksen yhtenä tavoitteena on muun muassa luoda toimivat sisämarkkinat. Tämän tavoitteen toteuttamiseksi hankinnat tulee toteuttaa markkinoita hyödyntäen tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Direktiivien tarkoituksena on yhdenmukaistaa julkisia hankintoja koskevat menettelysäännökset jäsenvaltioiden välisessä kaupassa. Julkisia hankintoja säännellään EY:ssä pääosin direktiiveillä. Direktiivi velvoittaa jäsenvaltion tietyn määräajan kuluessa ryhtymään lainsäädäntömuutoksiin.¹⁴² Sääntely koskee kaikkia EY:n jäsenmaita. Pohjoismaista Tanska ja Ruotsi ovat Suomen lisäksi saattaneet direktiivit voimaan lainsäädännössään. Islanti ja Norja noudattavat hankintalainsäädäntöä, vaikka eivät ole EY:n jäsenmaita. Ne kuuluvat kuitenkin ETA-sopimuksen piiriin.¹⁴³

Hankintasääntelyn tavoitteena on myös parantaa eurooppalaisten yritysten – siis myös suomalaisten yritysten kilpailukykyä. Julkisiin hankintoihin liittyy myös kilpailunrajoituslain (480/1992) säätäminen. Lain tavoitteena on terveen ja tasapuolisen kilpailun turvaaminen vahingollisilta kilpailunrajoituksilta¹⁴⁴. Valvontaviranomaisena EY:n osalta toimii komissio. Valvontadirektiivien tarkoituksena on taata oikeusturvakeino hankintayksiköistä riippumattomiin

¹³⁹ HE 50/2006 s. 41–42.

¹⁴⁰ HE 50/2006 s. 41.

¹⁴¹ GPA Government Procurement Agreement, WTO-sopimuksen neljäs lisäpöytäkirja.

¹⁴² Lievonen 1997 s. 17–18.

¹⁴³ HE 50/2006 s. 10–12.

¹⁴⁴ Myllymäki – Kalliokoski 2006 s. 160.

toimielimiin.¹⁴⁵ Nämä jäsenvaltiot saavat itse valita. Muutoksenhakuelimeksi Suomessa muodostui kilpailuneuvosto (laki kilpailuneuvostosta 481/1992). Kilpailuneuvosto muutettiin markkinaoikeudeksi 1.3.2002 voimaantulleella lailla (markkinaoikeuslaki 1527/2001).¹⁴⁶

3.2 Euroopan yhteisön lainsäädäntö ja velvoittavat sopimukset

3.2.1 Yhteisöoikeus - EY:n hankintadirektiivit

Ensimmäiset julkisia hankintoja koskevat direktiivit annettiin jo 1970-luvulla, mutta niillä ei ollut käytännössä merkittävää vaikutusta hankintojen kilpailuttamiseen. Erityisesti rakennusalan markkinoilla oli muutamissa jäsenmaissa havaittavissa järjestäytyneen rikollisuuden ylläpitämää kontrollia, ja korruptio oli myös yleistä julkisella sektorilla. Julkisten hankintojen kilpailuttaminen ei ollut avointa, joten kaikki yritykset eivät saaneet mahdollisuutta osallistua tasavertaisesti tarjouskilpailuun. Ulkomaisten yritysten syrjintä oli yleistä, ja niiden oli vaikea osallistua kotimaan ulkopuolisiin hankintoihin perustamatta paikallista yhtiötä. Kilpailun puuttuminen johti julkisten hankintojen kustannusten nousuun. Laatu ei myöskään ollut paras mahdollinen, eikä vaihtoehtoisia tuotteita tai palveluntuottamistapoja ollut tarjolla. Korruptioon liittyvä sääntely näkyy hankintalaissa vielä nykyisinkin mahdollisuutena selvittää poikkeuksellisen alhaisen tarjoushinnan syy (hankintalaki 63 §).¹⁴⁷

1980-luvulla huomattiin, että Eurooppa oli jäämässä jälkeen kilpailukyvyssä muista merkittävisistä talousalueista kuten Yhdysvalloista ja Japanista. Eurooppa haluttiin alueeksi, jossa yritykset kilpailisivat tuotteidensa hinnan ja laadun suhteella. Yhteisön jäsenmaiden ei saisi vääristää kilpailua julkisilla tuilla, oman alueen yritysten suosimisella, markkinoita vääristävällä kilpailupolitiikalla, työllisyyspolitiikalla, alueellisella elinkeinopolitiikalla tai muilla omaa aluetta tai maata epäterveesti suosivalla tavalla.¹⁴⁸

1980-luvulla EY:n sisämarkkinaohjelman myötä lainsäädännön tehostaminen markkinoiden avaamiseksi laajemmalle nousi keskeiseksi tavoitteeksi.¹⁴⁹ Komission julkaisemassa valkoisessa kirjassa vuonna 1985 analysoitiin sisämarkkinoiden toimintaa ja todettiin, etteivät julkisia hankintoja koskevat direktiivit olleet juurikaan muuttaneet jäsenmaiden käytäntöjä, joilla suosittiin

¹⁴⁵ Lievonen 1997 s. 117.

¹⁴⁶ Siitari-Vanne 2002 s. 13, 24.

¹⁴⁷ Pekkala 2007 s. 28.

¹⁴⁸ Em. s. 29.

¹⁴⁹ HE 154/1992 vp, s. 5.

oman maan tarjoajia ja syrjittiin ulkomailta tulevia tarjouksia. Cecchinin raportissa¹⁵⁰ vuonna 1988 hankintojen koko (12–15 % EY:n yhteenlasketusta kansantuotteesta) todettiin niin merkittäväksi, ettei syrjivistä käytännöistä aiheutuvia negatiivisia talousvaikutuksia voinut jättää huomioimatta. Julkisten hankintojen direktiivi uudistus olikin yksi keskeinen osa yhteisön laajassa direktiivi uudistuksessa, joka toteutettiin vuoden 1992 loppuun mennessä.¹⁵¹

Valtion, kuntien viranomaisten sekä oikeushenkilöiden, joiden katsotaan kuuluvan julkiseen hallintoon, tulee noudattaa direktiivien menettelytapoja. Hankintadirektiivien pääperiaatteina on tasavertaisten tarjousmahdollisuuksien luominen kaikille EY:n sisämarkkina-alueella oleville yrityksille. Muista jäsenmaista olevia yrityksiä ei saa syrjiä. Tarjousmenettelyjen tulee olla myös avoimia. Tärkein keino syrjinnän estämiseksi on kynnysarvon ylittävien hankintojen julkaisuvelvollisuus Euroopan yhteisön virallisessa lehdessä sekä sen sähköisessä Ted-tietopankissa.¹⁵² EY:n taholta säädettiin 1990-luvulla seuraavat hankintoja säätelevät direktiivit, jotka saatettiin voimaan kansallisessa lainsäädännössämme ja uudistettiin äskettäin:

- *Palveluhankintadirektiivi* (neuvostondirektiivi 92/50/ETY) julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteen sovittamisesta.
- *Tavarahankintadirektiivi* (93/36/ETY) julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.
- *Rakennusurakkadirektiivi* (93/37/ETY) julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.
- *Peruspalveludirektiivi* (93/38/ETY) vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.
- *Valvontadirektiivit* (ns. ensimmäinen valvontadirektiivi) (89/665/ETY) julkisia tavarahankintoja ja rakennusurakoita koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen soveltamista koskevien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta sekä neuvoston direktiivi (ns. toinen valvontadirektiivi) (92/13/ETY) vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta.

Edellä mainittuja direktiivejä on muutettu direktiiveillä 97/52/ETY sekä direktiivillä 98/4/ETY.¹⁵³ Direktiiveissä on säännöksiä, jotka liittyvät kynnysarvoihin, hankinnoista ilmoittamiseen, määräaikoihin, teknisiin eritelmiin, hankintamenettelyjen toteuttamiseen, sopimusten tekoon sekä määräykset muutoksenhausta ja valvonnasta virheellisen hankintamenettelyn ja vahingonkorvauksen osalta.

¹⁵⁰ The Cecchini-report: Research on the "Cost of Non-Europe", teoksessa Pekkala 2007 s. 29.

¹⁵¹ Pekkala 2007 s. 29.

¹⁵² Lievonon 1997 s. 18–19.

¹⁵³ HE 50/2006 s. 6–7, 19, Työ- ja elinkeinoministeriö, yhteisöoikeus, <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2008>> (11.1.08).

Direktiivejä on uudistettu 2000-luvulla. Uudet julkisten hankintojen direktiivit julkaistiin 30.4.2004 EU:n virallisessa lehdessä. Direktiivien kansallinen 21 kuukauden voimaansaattamis-aika lasketaan niiden julkaisemisesta. Uudet hankintadirektiivit olisi tullut saattaa osaksi kansallista lainsäädäntöä jo 31.1.2006 mennessä, mutta lainvalmistelu venyi, ja eri tahojen yhteisymmärrykseen pääsemiseen vaadittiin kompromissiratkaisuja. Uudet direktiivit sääntelevät julkisia hankintoja seuraavasti:

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/17/EY (ns. erityisalojen hankintadirektiivi) koskee, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjen yhteensovittamisesta.

Euroopan Parlamentin ja Neuvoston direktiivi 2004/18/EY (ns. hankintadirektiivi) sääntää julkisia rakennusurakoita sekä julkisia tavara- ja palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta.

Direktiivillä korvataan aiemmat tavara- ja palveluhankintoja sekä rakennusurakoita koskeneet hankintadirektiivit. Mainittuja direktiivejä on muutettu Bulgarian ja Romanian Euroopan Unioniin liittymisen myötä. Muutokset liittyvät direktiivien liitteisiin tehtyihin lisäyksiin (Direktiivimuutos 97/2006/EY).¹⁵⁴

Uudistuksessa ei tehty oleellisia muutoksia direktiiveihin, vaan ne perustuvat aiempiin 1990-luvulla hyväksytyihin direktiiveihin. Uudistuksella pyrittiin hankintoja koskevan oikeudellisen sääntelyn yksinkertaistamiseen sekä menettelysäännösten muuttamiseen joustavammaksi ja paremmin käytäntöä vastaavaksi. Sääntelyn tavoitteena on edelleen taata yrityksille syrjimätön ja tasapuolinen pääsy osalliseksi julkisiin hankintoihin.¹⁵⁵

Valvontadirektiivit sisältävät hankintalainsäädännön oikeussuojaa koskevat säännökset. Ne sisältävät määräyksiä tietyistä vähimmäisvaatimuksista, jotka kansallisten menettelyjen tulee täyttää. Komissio antoi ehdotuksen toukokuussa 2006 valvontadirektiivien muuttamisesta julkisiin hankintoihin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi.¹⁵⁶ Direktiivi hyväksyttiin joulukuussa 2007 pidetyssä Euroopan unionin neuvoston kokouksessa.¹⁵⁷ Direktiivin mukaan hankintojen osapuolilla tulee olla käytössään tehokkaat ja nopeat oikeussuojakeinot. Uusia oikeussuojakeinoja ovat hankintasopimusten pätemättömyyssääntely ja mahdollisuus

¹⁵⁴ Työ- ja elinkeinoministeriö, yhteisöoikeus, <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2008>> (11.1.2008).

¹⁵⁵ Alkio – Wik 2004 s. 812–813, Pekkala 2007 s. 30.

¹⁵⁶ Työ- ja elinkeinoministeriö, yhteisöoikeus, <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2008>> (11.1.2008).

¹⁵⁷ KOM (2006) 195 lopullinen.

määrätä hallinnollisia seuraamuksia. Pätemättömyyssääntely koskee EU-kynnysarvon ylittäviä niin sanottuja laittomia suoria hankintoja. Oikeusministeriö ja kauppa- ja teollisuusministeriö (1.1.2008 alkaen työ- ja elinkeinoministeriö) asettivat marraskuussa 2007 työryhmän valmistelemaan ehdotusta julkisten hankintojen oikeussuojajärjestelmän uudistamisesta.¹⁵⁸ Hankintasääntelyyn liittyen on annettu myös komission asetukset vakiolomakkeista ja CPV-koodeista.¹⁵⁹

Komissio on esittänyt tiedonannossaan Vihreä kirja¹⁶⁰: Julkiset hankinnat Euroopan unionissa: Tulevaisuuden kysymyksiä 16/12/96 ja tiedonannossaan Julkiset hankinnat Euroopan unionissa (KOM(1998)143 lopullinen) julkisten hankintojen lainsäädännön soveltamiseen liittyviä näkemyksiä. Komissio katsoo, että hankintadirektiivit ovat tuoneet avoimuutta julkisten hankintojen sopimuskentekomenettelyissä ja julkinen ilmoitusmenettely on lisännyt tietoisuutta liiketoimintamahdollisuuksista. Toisaalta tuotiin esille myös julkisten hankintojen lainsäädännön soveltamisessa ilmennyt direktiivien perusmääritelmien puutteellisuus sekä käsitteisiin liittyvä tulkinnanvaraisuus.¹⁶¹

Komissio on julkaissut vihreän kirjan¹⁶² julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyösopimuksista sekä julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevasta yhteisön oikeudesta KOM(2004) 327. Vihreän kirjan tavoitteena on käynnistää keskustelu siitä, miten julkisia hankintoja ja käyttöoikeussopimuksia koskevaa yhteisön lainsäädäntöä tulisi soveltaa julkisen ja yksityisen sektorin yhteistyöhön. Hankintalainsäädäntöön liittyviä asioita on käsitelty myös komission vihreässä kirjassa¹⁶³ yleishyödyllisistä palveluista (KOM(2003) 270). Komissio päätti käynnistää keskustelun Euroopan unionin roolista yleishyödyllisten palvelujen tavoitteiden määrittelyssä sekä niiden järjestämisessä, rahoituksessa ja arvioinnissa. Samalla haluttiin korostaa sisämarkkinoi-

¹⁵⁸ Oikeusministeriön ja kauppa- ja teollisuusministeriön asettamispäätös OM 12/41/2006, <<http://www.om.fi/Etusivu/Ajankohtaista/Uutiset/1196863334088>> (4.1.2008).

¹⁵⁹ Komission asetus (EY) N:o 1564/2005, vakiolomakkeitten vahvistamisesta Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivien 2004/17/EY ja 2004/18/EY mukaisesti julkisiin hankintamenettelyihin liittyvien ilmoitusten julkaisemista, ns. vakiolomake-asetus sekä CPV-koodit (Common Procurement Vocabulary = Yhteinen hankintasanasto) on Euroopan parlamentin ja neuvoston asetuksella (EY) N:o 2195/2002 hyväksymä hankintasanaston luokittelujärjestelmä. Voimassa olevat CPV-koodit on vahvistettu komission asetuksella (EY) N:o 2151/2003. CPV-koodit sisältävät 6000 eri nimikettä 9-numeron tarkkuudella.

¹⁶⁰ Vihreät kirjat ovat tietyn politiikan alan keskusteluasiakirjoja, joissa esitetään komission tulevan toiminnan suunniteltuja pääpiirteitä yksittäisen hankkeen osalta. Valkoiset kirjat sisältävät ehdotuksia tietyllä alalla toteutettavaksi yhteisön toiminnaksi, kuten niihin on esimerkiksi koottu yhden hankkeen toteuttamiseksi tarvittavat lainsäädäntötoimet. Valkoiset kirjat sisältävät tiettyä politiikan aloja koskevia virallisia ehdotuksia, joiden kehitysvälineinä asiakirjat toimivat. Työ- ja elinkeinoministeriö: <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2008>> (13.1.08).

¹⁶¹ HE 50/2006 vp, s.12.

¹⁶² Vihreä kirja KOM(2004), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fi/com/2004/com2004_0327fi01.pdf> (15.1.2008).

¹⁶³ Vihreä kirja (KOM(2003) 270), <http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=52003DC0270&model=guichett> (15.1.2008).

den ja kilpailusääntöjen tärkeää merkitystä julkisten palvelujen laadun ja tehokkuuden parantamiselle niin tavallisten kansalaisten kuin yritystenkin hyväksi. Lisäksi vihreässä kirjassa tarkastellaan globalisaation ja kilpailun vapauttamisen kaltaisia tekijöitä ja pohditaan, olisiko yleishyödyllisille palveluille kehitettävä yhteisön tasolla yhteiset oikeudelliset puitteet.¹⁶⁴

Kaikki yhteisöoikeuden oikeussäännöt ovat Suomessa voimassaolevaa oikeutta. Kansallisten ja kansainvälisten normien väliset jännitteet pyritään ratkaisemaan harmonisoivan tulkinnan avulla. EY:n asetukset ovat välittömästi niin kansalaisia kuin yhteisöjäkin sitovia. Direktiivien vaikutus on monitahoisempi. Lähtökohtaisesti direktiivin tavoite on oikeudellisesti sitova. EY:n tuomioistuimen tulkintojen vaikutuksesta myös direktiivinormeille on tunnustettu välitön oikeusvaikutus. EY:n jäsenvaltioille annetaan mahdollisuus päättää, miten direktiivien tavoitteet oikeudellisesti toteutetaan, kun direktiivit saatetaan eli implementoidaan osaksi kansallista lainsäädäntöä.¹⁶⁵ Jäsenvaltioiden tavat direktiivien kansalliseen voimaansaattamiseen vaihtelevat huomattavasti. Suomessa, Ruotsissa ja Norjassa¹⁶⁶ direktiivien voimaansaattaminen edellyttää säännösten kirjoittamista kansalliseen lainsäädäntöön kansallista lainsäädäntötekniikkaa noudattaen. Tanskassa direktiivit on saatettu sellaisenaan voimaan erillisellä puitelalla.¹⁶⁷

Direktiiveihin perustuva kansallinen lainsäädäntö on toimitettava komission tarkastukseen eli säädökset tulee notifioida¹⁶⁸ määräajassa niiden hyväksymisestä. Suomen hankintalainsäädäntö on tarkastettu kaksi kertaa; vuosina 1994 (ETA-sopimuksen yhteydessä) ja 1995 (EU:n jäsenyyden yhteydessä). Tuolloin oli muokattu direktiivien artikloita Suomen oloihin, kieleen ja lainsäädäntöperinteeseen paremmin sopiviksi. Valvontaviranomainen esitti kuitenkin noin viisikymmentä muutosehdotusta sananmuotoihin, ja korjauksistakin huolimatta vielä seuraavana vuonna saman verran. Tämän jälkeen ei muokkausta ja selkeyttämistä ei ole samalla tavalla tehty, vaan on pitäydytty direktiivien tarkassa sisällössä.¹⁶⁹

¹⁶⁴ Euroopan unionin Europa-palvelin, Vihreä kirja, tiivistelmä lainsäädännöstä, <<http://europa.eu/scadplus/leg/fi/lvb/l23013.htm>> (22.11.2007).

¹⁶⁵ Lievonen 1997 s. 23, ks. myös Kalima 2001 s. 33.

¹⁶⁶ Norja ei ole EU:n jäsenmaa, mutta on ETA-sopimuksen kautta hankintasääntelyn piirissä.

¹⁶⁷ HE 50/2006 s. 8-9.

¹⁶⁸ Euroopan unionin kielessä notifiointi eli ilmoitus tarkoittaa sitä, että jäsenvaltion on ilmoitettava komissiolle, miten valtio on noudattanut komission antamaa määräystä.

¹⁶⁹ Pekkala 2007 s. 31.

3.2.2 WTO:n julkisten hankintojen sopimus (GPA)

Kansallisessa hankintalaissa on direktiivien ohella huomioitu Maailman kauppajärjestön WTO:n velvoitteet. Suomi on jo ennen Euroopan unionin jäsenyyttä liittynyt Maailman kauppajärjestöön, jonka hankintasopimuksille asetettuja velvoitteita Suomi on myös EU:n jäsenenä sitoutunut noudattamaan. Maailman kauppajärjestön julkisia hankintoja koskevasta sopimuksesta käytetään lyhemmin muotoa GPA. Sopimus allekirjoitettiin vuonna 1979. Suomi on ollut sopimuksessa mukana alusta alkaen. Sopimusta täydennettiin vuonna 1987.¹⁷⁰ Viimeisin voimassaoleva sopimus on vuodelta 1996.¹⁷¹ Julkisia hankintoja koskevan sopimuksen voimaansaattamisesta säädetään laissa (SopS 4/1995) ja asetuksessa (SopS 5/1995)¹⁷². GPA-sopimuksella osapuolet ovat sopineet yhteisistä julkisten hankintojen säännöistä, joiden mukaisiksi sopijapuolten lainsäädäntö on saatettu.¹⁷³

GPA-sopimuksen III – artikla edellyttää, että sopimusmaiden tarjoajia kohdellaan vähintään yhtä edullisesti kuin Euroopan unionin jäsenvaltioiden tarjoajia. Peruseriaatteena on syrjimättömyyden periaate. Hankintadirektiivin 5 artiklassa tuodaan esille, että jäsenvaltioiden on sovellettava keskinäisissä suhteissa ehtoja, jotka ovat yhtä edullisia kuin ehdot, joita ne julkisia hankintoja koskevaa sopimusta soveltaen myöntävät kolmansien maiden taloudellisille toimijoille.¹⁷⁴ Hankintalaissa (4 §) tuodaan esille vaatimus Euroopan unionin ja julkisia hankintoja koskevan GPA-sopimuksen sopijamaista tulevien tarjoajien ja tarjousten tasapuolisesta kohtelusta. Tämä merkitsee sitä, että esimerkiksi Japanista ja Yhdysvalloista tulevia tarjouksia käsitellään samalla tavalla kuin Suomesta tai muusta unionin jäsenmaasta tulevaa tarjousta.¹⁷⁵ EU-maiden lisäksi GPA-sopimusmaita ovat Yhdysvallat, Kanada, Japani, Kiina, Korea, Sveitsi, Islanti, Norja, Israel, Liechtenstein, Singapore, Hongkong ja Aruba. Sopimuksen laajentamisesta käydään neuvotteluja parhaillaan.¹⁷⁶ Suomen kansallinen julkisten hankintojen lainsäädäntö on sopusoinnussa GPA -sopimuksen kanssa.

¹⁷⁰ Työ- ja elinkeinoministeriö, <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2011>> (11.1.2008), ks. myös Pekkala 2007 s. 34.

¹⁷¹ HE 50/2006 vp, s. 7.

¹⁷² (SopS 4/1995) Laki Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen ja sen liitesopimusten eräiden määräysten hyväksymisestä, (SopS 5/1995) Asetus Maailman kauppajärjestön perustamissopimuksen ja sen liitesopimusten voimaansaattamisesta sekä näiden eräiden määräysten hyväksymisestä annetun lain voimaantulosta.

¹⁷³ Työ- ja elinkeinoministeriö: <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2011>> (13.1.08).

¹⁷⁴ HE 50/2006 vp, s. 49.

¹⁷⁵ Em.

¹⁷⁶ Pekkala 2007 s. 34, ks. myös Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 25.

3.2.3 Euroopan yhteisön perustamissopimus

Euroopan yhteisön perustamissopimukseen liittyviä yleisiä oikeusperiaatteita tulee noudattaa myös julkisissa hankinnoissa. Perustamissopimuksen välitön vaikutus ulottuu sekä yksilön ja viranomaisen väliseen suhteeseen että yksityisten keskinäisiin suhteisiin.¹⁷⁷ Kyseessä ovat hankintasääntelyn osalta perustamissopimuksen säännökset tavaroiden ja palveluiden vapaasta liikkuvuudesta sekä sijoittumisoikeudesta. Tavoitteen saavuttamiseksi hankinnat on toteutettava markkinoita hyödyntäen tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Euroopan yhteisön tuomioistuin ottaa oikeusperiaatteiden noudattamisen huomioon oikeuskäytännössään. Hankintalain perusteluissa on tuotu esille yleisten oikeusperiaatteiden noudattamisen vaikutus oikeuskäytäntöön.¹⁷⁸ EY:n tuomioistuimen tulkinnat yhteisön perustamissopimuksesta ja muusta lainsäädännöstä ovat jäsenmaita sitovia huolimatta siitä, onko ne saatettu osaksi kansallista lainsäädäntöä.¹⁷⁹

Syrjimättömyysperiaate edellyttää, että tarjousmenettelyn eri vaiheissa kaikkia tarjoajia kohdellaan samalla tavalla riippumatta tekijöistä, jotka eivät vaikuta hankinnan toteuttamiseen. Tällaisia tekijöitä ovat asuinpaikka tai kansallisuus. Syrjimättömyys merkitsee sitä, että muualta olevia tarjoajia kohdellaan samalla tavalla kuin oman paikkakunnan tarjoajia ja, että hankinnan tekniset ja muut vaatimukset eivät saa olla tiettyä aluetta suosivia tai syrjiviä.¹⁸⁰

Uuden hankintalain 2 §:ssä on säädetty tasavertaisesta kohtelusta tilanteessa, jossa hankintayksikön omistama yhteisö tai laitos osallistuu tarjouskilpailuun tai toinen hankintayksikkö osallistuu kilpailuun. Tällainen tilanne voi syntyä, kun kunnan liikelaitos osallistuu toisen kunnan tarjouskilpailuun, mikä on hankintalain mukaan sallittua, jolloin hankintayksikönasemassa olevaa tarjoajaa on kohdeltava samalla tavalla kuin muitakin tarjoajia¹⁸¹. Laissa todetaan myös, ettei lain syrjimättömyysperiaate velvoita kilpailuttamaan kunnan oman hankintayksikön toimintaa, vaikkakin laki antaa mahdollisuuden kunnan omalle hankintayksikölle osallistua tarjouskilpailuun. Tarjouskilpailua ei voi keskeyttää, vaikka kunnan oma yksikkö on antanut tarjouksen, vaan kunnan omana työnä toteuttamisesta on päätettävä ennen tarjouskilpailuun ryhtymistä. Tarjouskilpailua ei myöskään tule käyttää yleisen hintatason selvittämiseen markkinoilla, ilman aikomusta tai valmiutta tehdä hankinta oman yksikön ulkopuolelta.¹⁸²

¹⁷⁷ Kalima 2001 s. 32, ks.myös Mäenpää 2003 s. 149.

¹⁷⁸ HE 50/2006 vp, s. 7, Pekkala 2007 s. 35.

¹⁷⁹ Pekkala 2007 s. 33.

¹⁸⁰ Pekkala 2007 s. 35.

¹⁸¹ Em. s. 36.

¹⁸² Em. s. 36.

Avoimuusperiaate merkitsee hankintamenettelyä koskevien tietojen avoimuutta: hankinnasta ilmoitetaan julkisesti, tarjouskilpailun ratkaisusta tiedotetaan osallistuneille ja hankintaa koskevat asiakirjat pidetään julkisina. EY-oikeudessa avoimuuden on katsottu edellyttävän, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisesti myös hankintadirektiivin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa. 1990-luvun alkupuolella hankinnoissa noudatettiin lähinnä vain syrjimättömyysperiaatetta, joka koski teknisiä ehtoja ja muita kotimaisuutta suosivia velvoitteita, joilla estettiin ulkomaisia kilpailijoita menestymästä tarjouskilvassa. EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön asettamien velvoitteiden vuoksi tehostettiin ulkomaisten tarjoajien tiedonsaantia hankinnoista. EY-tuomioistuimen *Telaustria-ratkaisun*¹⁸³ johdosta avoimuuden velvoite laajennettiin koskemaan kaikkia hankintoja, jotka eivät kuulu direktiivien soveltamisalaan (kuuluvat kuitenkin perustamissopimuksen piiriin).¹⁸⁴ Hallituksen esityksen jälkeen komissio on antanut tiedonannon, jossa selitetään laajasti avoimuusperiaatetta direktiivien ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa¹⁸⁵. Avoimuusperiaatetta koskevan uuden tulkinnan perusteella otettiin uuteen hankintalakiin laajennus hankintojen ilmoitus-velvollisuudesta; kaikista kansallisen kynnysarvon ylittävistä hankinnoista on ilmoitettava julkisesti.¹⁸⁶ Kansallisella tasolla avoimuusperiaatetta voidaan perustella myös

¹⁸³ Asia C-324/98, Kok. 2000 s. I-10745. *Telaustria Verlags GmbH* ja *Telefonadress GmbH* (vastaan *Telekom Austria AG* (Herald), aiemmin *Post & Telekom Austria AG*, Kyseessä oli julkisia palveluita koskeva konsessiosopimus. Kysymys oli painettujen ja sähköisessä muodossa käytettävien tilaajaluetteloiden tekemistä ja julkaisemista (puhelinluettelot) koskevasta asiasta. Itävallan aiemman posti- ja lennätinhallinnon tehtäviin on lain mukaan kuulunut taata, että kaikista yleisen televerkon tilaajien numeroista pidetään saatavilla kaikki tilaajat sisältävää tilaajaluetteloa. Posti- ja lennätinhallitus oli aiemmin hoitanut luettelon yksityisen sopimuskumppanin kanssa. Sopimus päättyi 31.12.1997. Posti- ja lennätinhallinnon sijaan on tullut *Telekom Austria* niminen Itävallan tasavallan kokonaan omistama yritys. *Telekom Austrian* katsottiin olevan direktiivin 93/38/ETY mukainen julkinen yritys. *Telekom Austria* pyysi Itävallan virallisessa lehdessä tarjouksia julkisia palveluja koskevasta konsessiosopimuksesta, joka koskee painettujen ja sähköisten puhelinluetteloiden tekemistä ja julkaisemista vuosien 1998/1999 painoksesta alkaen toistaiseksi. Sopimusten mukaan puhelinluettelon tekijä ei saa suoraa korvausta, vaan sille annetaan oikeus käyttää luetteloita kaupallisesti hyödykseen. *Telekom Austria* katsoi, että hankinta ei kuulu direktiivien soveltamisalaan, koska sopimusta ei tehty rahallista vastiketta vastaan ja koska direktiivit eivät koske palvelukonsessioita. *Telaustria* ja *Telefonadress* katsoivat, että hankinnassa olisi tullut noudattaa hankintadirektiivejä ja kansallisia hankintasäännöksiä. Asiassa tutkittiin hankintadirektiivin soveltuvuutta palvelukonsessiosopimukseen. Tuomioistuin katsoi, että tällaiset sopimukset eivät sisälly direktiivin 1 artiklan 4 kohdassa olevaan käsitteeseen rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset. Vaikka direktiivi 93/38/ETY (peruspalveludir) koskee tällaista sopimusta, se jää yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin soveltamisalasta erityisesti siksi että, ensimmäisen yrityksen toiselle yritykselle antama vastasuoritus koostuu siitä, että jälkimmäinen yritys saa korvauksekseen oikeuden käyttää omaa suoritustaan hyödykseen. Vaikka tuomioistuin totesi, että siitä huolimatta, että sellaiset sopimukset jäävät yhteisön oikeuden nykytilassa pois direktiivin 93/38/ETY soveltamisalasta, niitä tekevien hankintayksiköiden on kuitenkin yleisesti noudatettava perustamissopimuksen oikeussääntöjä ja erityisesti kansalaisuuteen perustuvan syrjinnän kieltoa koskevaa periaatetta. Tämä periaate edellyttää muun muassa avoimuusvelvollisuutta, jotta hankintaviranomaiset voivat varmistua periaatteen noudattamisesta. Hankintaviranomaisia koskevan avoimuusvelvollisuuden sisältönä on taata kaikkien potentiaalisten tarjoajien eduksi se, että hankinnasta ilmoitetaan asianmukaisesti laajuudessa, minkä ansiosta palveluhankinnat avautuvat kilpailulle ja hankintasopimuksia koskevien tekemettelyiden puolueettomuutta voidaan valvoa.

¹⁸⁴ Pekkala 2007 s. 36–37. ks. myös HE 50/2006 vp, s. 17.

¹⁸⁵ Pekkala 2007 s. 37, Komission selittävä tiedonanto yhteisön lainsäädännöstä siltä osin kuin se koskee sopimuksia, jotka eivät kuulu tai kuuluvat vain osittain julkisia hankintoja koskevien direktiivien soveltamisalaan C-179/02, 1.8.2006.

¹⁸⁶ HE 50/2006 vp, s. 17.

hallintolaista (434/2003) ja laista viranomaisten toiminnan julkisuudesta (621/1999) esille nousvista hallinnon periaatteista ja vaatimuksista¹⁸⁷.

Yhdenvertaisuus perustuu yhteisön oikeudessa periaatteeseen, ettei toisiinsa rinnastettavia tapauksia kohdella eri tavoin eikä erilaisia tilanteita kohdella samalla tavoin, ellei kohtelu ole objektiivisesti perusteltavissa.¹⁸⁸ Esimerkkinä mainittakoon EY-tuomioistuimen Fabricom-ratkaisu¹⁸⁹.

Belgian hankintalainsäädäntö kielsi tarjouskilpailuun osallistumisen sellaiselta henkilöltä, joka on osallistunut tarjouksen kohteena olevan rakennusurakan tutkimus-, kokeilu-, selvittely- ja kehittäelytyöhön, antamatta osoittaa, ettei kyseisen henkilön tapauksen yhteydessä saama kokemus ole voinut vääristää kilpailua. EY-tuomioistuin katsoi säännöksen hankintadirektiivien vastaiseksi. Toisaalta tuomioistuin katsoi, että hankinnan valmisteluun osallistuvalla henkilöllä voi olla muita parempi asema tarjouskilpailun valmisteluvaiheen yhteydessä saamiensa tietojen vuoksi.

Eturistiriitaa voi syntyä myös siitä, että suunnittelua koskevan tarjouksen tekijä on voinut vaikuttaa hankintaehtoihin itselleen edulliseen suuntaan. Yhdenvertaisuuden vaatimus tarjoajiin nähden ei tässä tapauksessa velvoita kohtelemaan samalla tavalla suunnitteluun osallistunutta tarjoajaa, vaikka suunnitelman tekijä saisikin osallistua tarjouskilpailuun.¹⁹⁰

Suhteellisuusperiaate merkitsee, että hankintamenettelyn vaatimukset ovat oikeassa suhteessa tavoiteltavan päämäärän kanssa. Tarjoajien kelpoisuusehtoja asetettaessa on huomioitava hankinnan luonne ja arvo. Samoin tarjouspyynnön sisällön ja tarjousmenettelyn ehtoihin liittyvien vaatimusten tulee olla oikeassa suhteessa hankinnan laatuun nähden. Oikeuskäytännössä suhteellisuusperiaate merkitsee kohtuullisuuden vaatimusten huomioon ottamista. Kilpailuttamisvelvoitteen ja kansallisten kynnysarvojen arvioinnissa voidaan käyttää myös suhteellisuusperiaatetta.¹⁹¹ Suhteellisuusperiaate on mainittu myös hankintadirektiivin johdanto-osan 2. kappaleessa, samoin kuin muut yhteisön oikeusperiaatteet,¹⁹² joita tulisi noudattaa kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa.

¹⁸⁷ Pekkala 2007 vp, s. 36–37.

¹⁸⁸ HE 50/2006 vp, s. 47.

¹⁸⁹ Yhdistetyt asiat C-21/03 ja C-34/03, Fabricon SA vastaan Belgian valtio, 3.3.2005, Kok.2005 s. I-1559.

¹⁹⁰ Pekkala 2007 s. 38.

¹⁹¹ HE 50/2006 vp, s. 47.

¹⁹² EYVL, Hankintadirektiivit, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fi/oj/2004/l_134/l_13420040430fi01140240.pdf> (26.8.2007).

3.3 Suomen hankintalainsäädäntö

3.3.1 Sääntelyn tavoite ja hankintayksiköt

Julkisia hankintoja koskeva sääntely perustuu 1.6.2007 voimaan tulleisiin lakeihin: laki julkisista hankinnoista (348/2007) niin sanottu hankintalaki ja laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (349/2007) niin sanottu erityisalojen hankintalaki. Näillä laeilla kumottiin ennen kesäkuuta voimassa olleet hankintasäädökset: laki julkisista hankinnoista (1505/1992) sekä asetukset kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennus-urakoista (380/1998), asetus kynnysarvot ylittävistä vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankinnoista (1998/381), asetus valtion hankinnoista (1416/1993), valtion rakennusurakoista (436/1994) ja asetus, joihin ei sovelleta lakia julkisista hankinnoista (342/1994).¹⁹³ Uuteen lakiin liittyen on annettu myös valtioneuvoston asetus julkisista hankinnoista (614/2007). Valtionhallinnon hankintoihin liittyen on annettu valtioneuvoston asetus valtionhallinnon yhteishankinnoista (765/2006) ja valtiovarainministeriön päätös valtionhallinnon yhteishankinnoista (766/2006).¹⁹⁴ Uusilla hankintalaeilla voimaan saatettiin eli ratifioitiin uudet julkisia hankintoja koskevat EY-direktiivit.

-Lain tavoitteena on 1 §:n mukaan:

tehostaa julkisten varojen käyttöä, edistää laadukkaiden hankintojen tekemistä sekä turvata yritysten ja muiden yhteisöjen tasapuolisia mahdollisuuksia tarjota tavaroita, palveluita ja rakennusurakointia julkisten hankintojen tarjouskilpailuissa. - -

Lain tavoite on käynyt ilmi jo aiemminkin EY:n taholta tapahtuvan sääntelyn yhteydessä. Hankintalain tarkoittamia hankintayksiköitä (lain 6 §) ovat valtion keskus-, alue- ja paikallishallinnon viranomaiset sekä valtion liikelaitokset, kunnat toimielimineen, kuntayhtymät ja muut ylikunnalliset kunnat toimielimineen, kuntayhtymät ja muut ylikunnalliset toimielimet, evankelis-luterilainen kirkko viranomaisineen sekä seurakunnat, ortodoksinen kirkko seurakuntineen ja julkisoikeudelliset laitokset. Julkisoikeudellisilla laitoksilla tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja jota rahoittaa pääasiallisesti muu hankintayksikkö, jonka johto on hankintayksikön valvonnan alainen tai jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä yli puolet on hankintayksikön nimeämiä. Lisäksi mikä tahansa hankinnan tekijä

¹⁹³ Lait ovat luettavissa Suomen säädöskokoelmassa sähköisessä muodossa <<http://www.finlex.fi/>> (11.1.2008).

¹⁹⁴ Julkisten hankintojen neuvontayksikkö, <http://www.kunnat.net/k_peruslistasivu.asp?path=1;161;120419;120423;120798> (5.9.2007).

on hankintayksikkö silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta edellä mainitulta hankintayksiköltä.¹⁹⁵

Hankintalaki velvoittaa edellä mainittuja hankintayksiköitä kilpailuttamaan hankintansa lainsäädännön edellyttämällä tavalla. Vanha hankintalaki sisälsi kynnsarvon, jonka ylittäviin hankintoihin sovellettiin EY:n direktiiveistä johtuvaa sääntelyä ja kynnsarvon alittaviin hankintoihin sovellettiin hankintalakia.¹⁹⁶ Määrältään vähäisiä hankintoja ei tarvinnut kilpailuttaa hankintalain mukaan. Vähäisten hankintojen euromäärää ei ollut määrätty laissa, vaan se muodostui oikeuskäytännön pohjalta noin 2 000–6 000 euroksi. Näin alhaiset kynnsarvot aiheuttivat runsaasti työtä jo yksittäisenkin kunnan toiminnassa ja voidaan esittää kysymys, oliko kilpailuttamisen hyöty suurempi kuin tehty työ hankintaprosessissa?

Hankintalain soveltamisalaan liittyvät määritelmät pysyivät pääsääntöisesti ennallaan lakiuudistuksessa. Joitakin määritelmiä on täsmennetty hankintadirektiivien määritelmiin nähden tulkin- taongelmien välttämiseksi. Tavara- ja palveluhankintasopimusten sekä rakennusurakkasopimusten määritelmät onkin saatettu vastaamaan paremmin direktiivien määritelmiä. Laissa on entistä tarkemmin määritelty myös lain soveltamisalan ulkopuolelle jäävät alat. Palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset on sisällytetty lain soveltamisalaan.¹⁹⁷

Erityisalojen hankintalaki vastaa sisällöltään pääosin hankintalakia ja se koskee vesi- ja energia- yksiköiden sekä kuljetus- ja postipalveluja tarjoavien yksiköiden hankintaa. Erityisalojen hankintalaki soveltuu vain EY-kynnsarvot ylittäviin niin sanottuihin erityisalojen hankintoihin. Laista on rajattu pois lain soveltamisalaan kuuluvat EY:n kynnsarvot alittavat hankinnat. Ne on rajattu myös varsinaisen hankintalain soveltamisen ulkopuolelle. Virastomuotoiset hankintayksiköt, kuten kuntien liikelaitokset, jotka tekevät erityisaloihin kuuluvia EY:n kynnsarvot alittavia hankintoja, voivat kilpailuttaa nämä hankintansa vapaamuotoisesti. Näistä hankinnoista ei voi valittaa markkinaoikeuteen.¹⁹⁸ Lain soveltamisala¹⁹⁹ määräytyy hankintayksikön ja sen toiminnan luonteen perusteella. Lain soveltuminen edellyttää, että ostaja on viranomainen, julkinen yritys, jolla on yksinoikeus, tai erityisoikeus. Edellytyksenä on lisäksi, että hankintayksikkö harjoittaa laissa mainittua toimintaa. Merkittävä ero hankintalakiin nähden on se, että avoimessa

¹⁹⁵ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 28, Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 37.

¹⁹⁶ Ks. esim. Kalima 2001 s. 59–60.

¹⁹⁷ HE 50/2006 s. 28.

¹⁹⁸ Pekkala 2007 s. 40–41, ks. myös Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 359.

¹⁹⁹ Erityisalojen hankintalain 5 §: n mukaan lain soveltamisalaan kuuluvia hankintayksiköitä ovat yhtä tai useampaa erityisalojen toimintaa harjoittavat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, liikelaitokset, julkisoikeudelliset laitokset, edellä mainittujen tahojen muodostamat yhteenliittymät, julkiset yritykset ja viranomaisen myöntämän erityis- tai yksinoikeuden nojalla toimivat yksiköt.

markkinakilpailussa toimivat hankintayksiköt voivat saada komissiolta vapautuksen lain soveltamisesta. Erityisalojen hankintalaissa on säädetty käytännössä vain niistä asioista, joista on säädelty direktiivissä.²⁰⁰

Hankintasäntelyyn liittyvä laki tilaajan selvitysvelvollisuudesta ja vastuusta ulkopuolista työvoimaa käytettäessä eli niin sanottu tilaajavastuulaki (1233/2006) tuli voimaan 1. tammikuuta 2007. Lain tarkoituksena (1 §) ”on edistää yritysten välistä tasavertaista kilpailua ja työehtojen noudattamista sekä luoda yrityksille ja julkisoikeudellisille yhteisöille edellytyksiä varmistaa, että niiden kanssa vuokratyöstä tai alihankinnoista sopimuksia tekevät yritykset täyttävät sopimuspuolina ja työnantajina lakisääteiset velvoitteensa.” Hankintayksikön on täytettävä tilaajavastuulain velvoitteet viimeistään ennen sopimuksen tekemistä. Käytännössä se merkitsee sitä, että hankintayksikön tulee ennen vuokratyövoiman käyttösopimuksen tai alihankintasopimuksen tekemistä pyytää sopimuksen osapuolilta selvitys lakisääteisten velvoitteiden ja työehtojen noudattamisesta ja soveltamisesta.²⁰¹

3.3.2 Julkinen hankinta, soveltamisala ja kynnysarvot

Hankintalain tarkoittamalla hankinnalla tarkoitetaan tavaroiden ja palvelujen ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa (leasing ja optiosopimukset), palvelujen käyttöoikeussopimuksia sekä urakalla teettämistä (rakennus- ja käyttöoikeusurakat). Hankinnalla tarkoitetaan nimenomaan hankinnan kohteen ostamista tai vastaavaa toimenpidettä. Hankintana ei siten pidetä sellaista tuotantoa tai työsuoritusta, jonka hankintayksikkö toteuttaa omana työnään organisaationsa sisällä²⁰². Hankinnalla ei tarkoiteta myöskään kiinteän omaisuuden tai sen osan ostamista tai vuokraamista, eikä minkään omaisuuden luovutusta, kuten myyntiä tai vuokraamista. Hankintakäsitteen rajanveto ei aina ole selvä eikä tavaroiden ja palveluiden ostaminen ole selkeästi erotettavissa toisistaan. Etenkin sekamuotoisten sopimusten osalta määrittäminen saattaa olla vaikea.²⁰³ Hankinnoista tulee tehdä kirjallinen sopimus. Hankintasopimuksella tarkoitetaan lain 5 §:n mukaan ”hankintasopimusta, joka on tehty yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai useamman toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan.”

²⁰⁰ Pekkala 2007 s. 515 – 516, Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 359–360.

²⁰¹ Kuusniemi – Takala 2007 s. 134.

²⁰² Pohjonen 2002 s. 14.

²⁰³ Ks. Alkio-Wik 2004 s. 814–815, Pohjonen 2002 s. 14–15. Tietojen vastaavuus uuteen hankintalakiin nähden on tarkistettu.

Hankinnan sisältöä arvioidaan sen mukaan, mitä osapuolten välisellä sopimuksella tavoitellaan. Hankintadirektiiviin perustuva hankintakäsite on laaja ja joissakin tilanteissa myös tulkinnanvarainen. Palvelujen ulkoistamisessa ja kuntien yhteistoimintamuotoja tarkasteltaessa on arvioitava myös hankinnan määritelmää. Tässä määrittelyssä arvioidaan toimenpiteellä saatavaa lopputuotetta, joka voi olla esimerkiksi palvelu, rakennustyö tai tavara. Vastikkeella tulee olla taloudellista arvoa. Muukin etu kuin rahasuoritus tavarasta voi täyttää hankinnan määritelmän. Suoritus voi olla periaatteessa mikä tahansa vastasuoritus, jolla on saajalleen taloudellista arvoa.²⁰⁴

Uuden sääntelyn pohjalta osaan hankintoja sovelletaan EY-direktiiveistä johtuvia menettelyjä (EU-hankinnat) ja osaan kansallisia. EY:n kynnysarvojen alle jääviin hankintoihin (kansalliset hankinnat) sovelletaan hankintalaista johtuvia menettelyjä. Kansallisten kynnysarvojen alle jääviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia, vaan hankintayksiköt voivat käyttää omia hankintaohjeita,²⁰⁵ joissa tulisi noudattaa perustamissopimuksesta esille nousevia periaatteita, kuten avoimuutta ja syrjimättömyyttä sekä hyvän hallinnon periaatteita.²⁰⁶ EU-hankintoja ovat arvoltaan EU-kynnysarvon ylittävät tavarahankinnat ja rakennusurakat sekä liitteen A (liitteet tutkimuksen lopussa) mukaiset esisijaiset palveluhankinnat kuten huolto-, korjaus- kuljetus-, teleliikenne-, rahoitus-, tietojenkäsittely-, tutkimus-, kehittämis-, kiinteistönhoito- ja jätehuoltopalvelut. Kansallisia hankintoja ovat kansalliset kynnysarvot ylittävät, mutta EU-kynnysarvot alittavat tavara- ja palveluhankinnat sekä rakennusurakat. Liitteen B mukaiset palveluhankinnat (toissijaiset palvelut) kuten sosiaali- ja terveystaloudelliset palvelut, koulutuspalvelut, oikeudelliset palvelut sekä eräät kuljetuspalvelut ovat kansallisia hankintoja aina kansallisen kynnysarvon ylittyessä, myös silloin kun EU-kynnysarvo ylittyy, koska näihin hankintoihin sovelletaan kevyempää kansallista menettelyä.²⁰⁷

Hankintalainsäädännön soveltamisen tulkintaongelmia ovat tuottaneet erityisesti viranomaisten kokonaan tai osittain omistamien tai hallitsemien osuus- tai osakkuusyriyten asema. Uudessa hankintalaissa on pyritty huomioimaan EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö sidosyksikköhan-
kinnoissa.²⁰⁸ Hankintalakia ei sovelleta sidosyksikköhan-
kintoihin.

Hankintalaissa (10 §) tuodaan esille sidosyksikön määritelmä ja asema hankintasääntelyssä:

²⁰⁴ Pekkala 2007 s. 148.

²⁰⁵ Oksanen 2007 s. 10–11.

²⁰⁶ Pekkala 2007 s. 40.

²⁰⁷ Pekkala 2007 s. 40–41, 152, ks. myös Lukkarinen 2007 s. 112.

²⁰⁸ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 58.

Tätä lakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee siitä muodollisesti erilliseltä ja päätöksenteon kannalta itsenäiseltä yksiköltä, jos hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa valvoo yksikköä samalla tavoin, kuin se valvoo omia toimipaikkojaan, ja jos yksikkö harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.

Laissa on säädetty soveltamisalan mukaiset kynnsarvot, joiden perusteella hankinnat voidaan jakaa kynnsarvojensa mukaan edellä mainituin perustein. EU-hankintoja ovat hankinnat, jotka on kilpailutettava EU-menettelyn mukaan kynnsarvon ylittyessä. Hankinnoista on ilmoitettava EU:n laajuisesti ja niissä on noudatettava lainsäädännön mukaisia määräaikoja. EU-kynnsarvon ylittävistä hankinnoista on käytettävä myös jälki-ilmoitusmenettelyä. Menettely koskee myös hankintalain liitteen B mukaisia palveluhankintoja. Hankinnasta voidaan valittaa markkinaoikeuteen. Kynnsarvot EU-hankinnoista ovat seuraavat:²⁰⁹

Tavara- ja ensisijaiset palveluhankinnat

yli 133 000 euroa (Valtion keskushallinto-viranomainen)

yli 206 000 euroa (Muut hankintaviranomaiset, esimerkiksi kunnat)

Rakennusurakat ja käyttöoikeusurakat

yli 5 150 000 euroa

Suunnittelukilpailut

yli 133 000 euroa (Valtion keskushallinto-viranomainen)

yli 206 000 euroa (Muut hankintaviranomaiset, esimerkiksi kunnat)

Kansallisesta hankinnasta on kyse kun hankinnan arvo ylittää kansallisen kynnsarvon, mutta ei ylitä EU-kynnsarvoa. Kansalliset kynnsarvot ovat samat kaikille hankintayksiköille. Kansallista lainsäädäntöä, voidaan käyttää myös EU-kynnsarvon ylittävistä toissijaisista palveluhankinnasta tai palvelujen käyttöoikeussopimuksesta ja ulkoasiainhallinnon hankinnasta. Hankinnoista on ilmoitettava kansallisesti. Hankintayksikön tulee toimittaa jälki-ilmoitus hankintalain liitteen B mukaisista toissijaisista palveluhankinnoista, kun hankinnan arvo ylittää EU-kynnsarvon.²¹⁰ Hankinnasta voidaan valittaa markkinaoikeuteen. Kynnsarvot kansallisten hankintojen osalta ovat seuraavat:²¹¹

Tavara- ja ensisijaiset palveluhankinnat

²⁰⁹ Hankinta-asetuksessa (614/2007) säädetään tarkemmin ilmoitus- ja jälki-ilmoitusvelvoitteesta. Ks. myös Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 81–83.

²¹⁰ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 81–83, ks. myös Lukkarinen 2007 s. 134–135.

²¹¹ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 81–83, TEM, kynnsarvot, <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>> (12.1.2008).

15 000 – 133 000 euroa

Toissijaiset palveluhankinnat ja palveluja koskevat käyttöoikeussopimukset
yli 15 000 euroa

Sosiaali- terveyspalvelut (liitteen B (ryhmä 25)) sekä ammatilliset koulutuspalvelut yhteistyössä työnantajan kanssa
yli 50 000 euroa

Rakennusurakat
100 000 – 5 150 000 euroa

Suunnittelukilpailut
15 000–133 000 euroa (Valtion keskushallinto-viranomainen)
15 000–206 000 euroa (Muut hankintaviranomaiset, esimerkiksi kunnat)

Pienhankinnasta on kyse, kun hankinta alittaa kansalliset kynnsarvot. Näihin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia, vaan niissä noudatetaan hankintayksikkökohtaisia hankintaohjeita, eikä niistä tarvitse julkaista ilmoitusta. Pienhankinnoista ei voi valittaa markkinaoikeuteen, vaan käytössä ovat hallinto-oikeudelliset ja kunnalliset muutoksenhakekeinot²¹². Vanhassa hankintalainissa ei ollut asetettu alarajaa kilpailutettaville vähäisille hankinnoille, vaan se muodostui oikeuskäytännön perusteella. Kilpailuttamisen vaativan hankinnan raja-arvo muodostui varsin matalaksi ja siten kunnat joutuivat tekemään toisinaan suhteettoman paljon työtä kilpailuttamisesta saatavaan hyötyyn nähden. Uudet kynnsarvot ovat seuraavat²¹³:

Tavara- ja palveluhankinnat
alle 15 000 euroa

Sosiaali- terveyspalvelut sekä ammatilliset koulutuspalvelut yhteistyössä työnantajan kanssa
alle 50 000 euroa

Rakennusurakat
alle 100 000 euroa

Suunnittelukilpailut
alle 15 000 euroa

Erityisalojen hankintalainissa on asetettu kynnsarvot erityisalojen tavara- ja palveluhankinnoille, suunnittelukilpailuille sekä rakennusurakoille. Ne soveltuvat vain EY:n kynnsarvot ylittäviin hankintoihin.²¹⁴ Euroopan yhteisöjen komissio vahvistaa kahden vuoden välein hankintadirektiivien tarkoittamien unionin alueella julkaistavien hankintailmoitusten euromääräiset kynnsar-

²¹² HaVL 25/2006 vp, 3 – 4.

²¹³ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 83, TEM, kynnsarvot, < <http://www.tem.fi/index.phtml?s=2018>> (12.1.08)

²¹⁴ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 368.

vot. Nämä kynnsarvot perustuvat Maailman kauppajärjestön GPA – sopimukseen ja hankinta-direktiiveihin. GPA-sopimuksessa kynnsarvot on ilmaistu erityisnosto-oikeuksina (Special Drawing Right, SDR). Komissio laskee tämän korivaluutan (SDR) arvon erityisnosto-oikeuksien ja euron keskimääräisen kahden vuoden vaihtokurssin perusteella.²¹⁵

Kansalliset kynnsarvot perustuvat Suomessa tehtyihin ratkaisuihin. Kansalliset kynnsarvot olisivat voineet olla korkeammatkin kuin mitkä laissa on nyt säädetty. Tämä oli päätöksentekijöiden tiedossa ja valittuihin linjauksiin päädyttiin poliittisen harkinnan jälkeen.²¹⁶ Nykyiseen kynnsarvojaotteluun päädyttiin, jotta päästäisiin hankintalainsäädännön tavoitteisiin ja turvataisiin kaikkien osapuolten oikeudelliset edut mahdollisimman tasapuolisesti. On todennäköistä, että kappalemääräisesti huomattava osa julkisista hankinnoista jää lain soveltamisalan ulkopuolelle. Muutos on merkittävä vanhaan hankintalakiin nähden. Ratkaisulla pyritään lisäämään hankintamenettelyn joustavuutta pienissä ja pienehköissä hankinnoissa. Joustavuuden ja yksinkertaistamisen lisääminen ovatkin olleet keskeisiä tavoitteita lain uudistamishankkeessa.²¹⁷

3.3.3 Suorahankinta ja muutoksenhaku

Ennen hankintalainsäädännön voimaantuloa kunnat saivat melko vapaasti tehdä hankintoja oman valintojensa mukaisesti. Hankintasääntelyn myötä kuntien tuli ottaa lain velvoitteet huomioon hankintoja tehdessään, eivätkä suorahankinnat tule kysymykseen kuin tietyissä lain sallimissa tapauksissa. Hankintalaki (5:13 §) määrittelee suorahankinnan.

Hankintalaissa ja sen nojalla annetuissa säännöksissä tarkoitetaan:

suorahankinnalla hankintamenettelyä, jossa hankintayksikkö julkaisematta hankintailmoitusta valitsee menettelyyn mukaan yhden tai useamman toimittajan, jonka kanssa hankintayksikkö neuvottelee sopimuksen ehdoista.

Käytännössä hankintayksikkö suorittaa tilauksen ilman tarjouspyyntöä ja tekee hankintapäätöksen tarjouskilpailua järjestämättä yhdeltä tai usealta toimittajalta pyydetyn tarjouksen perusteella. Pääsääntönä voidaan kuitenkin pitää kaikkien hankintojen kilpailuttamista. Suorahankinta on poikkeus tästä säännöstä. Tästä syystä on hankintapäätöksessä ennalta todettava ja perusteltava

²¹⁵ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 77, Pekkala 2007 s. 67.

²¹⁶ Pekkala 2007 s. 69, ks. myös Neimala 2006 s. 33. Hän tuo esille hankintalakityöryhmän ja hallituksen esityksen sisältämän kynnsarvon eron.

²¹⁷ HE 50/2006 vp, s. 35.

syy suorahankinnan käyttämiseen.²¹⁸ Hankintalain 27 §:ssä määritellään tapauksia, joissa voidaan käyttää suorahankintaa.

Hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos:

- 1) avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka sopivia tarjouksia ja alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta;
- 2) teknisestä, taiteellisesta tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan;
- 3) sopimuksen tekeminen on ehdottoman välttämätöntä, eikä säädettyjä määräaikoja voida noudattaa hankintayksiköstä riippumattomasta, ennalta arvaamattomasta syystä aiheutuneen äärimmäisen kiireen vuoksi;
- 4) hankittava tavara valmistetaan vain tutkimusta, kokeilua, tuotekehitystä tai tieteellistä tarkoitusta varten eikä kyseessä ole massatuotanto tavaran valmistamisen taloudellisen kannattavuuden varmistamiseksi tai tutkimus- ja kehityskustannusten kattamiseksi;
- 5) hankinta koskee raaka-ainemarkkinoilla noteerattuja ja sieltä hankittavia tavaroita;
- 6) tavarat hankitaan erityisen edullisesti liiketoimintansa lopettavalta toimittajalta, pesänhoitajalta tai selvittäjältä maksukyvyttömyysmenettelyn, akordin tai vastaavan menettelyn seurauksena; taikka
- 7) kyseessä on palveluhankinta, joka tehdään suunnittelukilpailun perusteella ja joka on suunnittelukilpailun sääntöjen mukaan tehtävä kilpailun voittajan kanssa, tai jos voittajia on useita, näistä jonkun kanssa; tällöin kaikki voittajat on kutsuttava osallistumaan neuvotteluihin.

Suorahankinta on mahdollinen myös palveluhankinnoissa, jotka tehdään hankintayksiköltä sille lailla, asetuksella tai hallinnollisella määräyksellä annetun palvelujen tuottamista koskevan yksinoikeuden²¹⁹ perusteella (hankintalaki 12 §). Edellisten lisäksi hankintalain 28 §:ssä annetaan mahdollisuus suorahankintaan, kun on kyseessä tavara- tai palveluhankintoja sekä urakoita koskeva lisätilaus alkuperäiseltä toimittajalta. Kysymykseen tulee tilanne, jossa toimittajan vaihtaminen johtaisi teknisiltä ominaisuuksiltaan erilaisen materiaalin hankintaan, mikä aiheuttaisi yhteensopimattomuutta tai suhteettoman suuria teknisiä vaikeuksia käytössä ja kunnossapidossa. Tällaisten sopimusten ja uudistettavien sopimusten voimassaoloaika voisi pääsääntöisesti olla

²¹⁸ Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 112.

²¹⁹ Yksinoikeuteen perustuvasta toiminnasta voitaneen mainita esimerkkinä pelastustoimen järjestäminen pelastusalueina. Teoreettisesti tarkasteltuna yksinoikeus voisi toteutua tilanteessa, jossa kunnat on veloitettu lainsäädännöllä osallistumaan yhteistoimintaan ja hankkimaan palveluja yhteistoimintajärjestelyn puitteissa.

enintään kolme vuotta. Suorahankinta on myös mahdollinen tietyin edellytyksin, kun kyseessä on alkuperäiseen hankintasopimukseen sisällyttämättömän lisäpalvelu tai lisäurakka, joka hankitaan alkuperäiseltä toimittajalta ja joka on ennalta arvaamattomista syistä osoittautunut välttämättömäksi palvelun tai urakan toteuttamiselle sellaisena kuin se on alun perin määritelty.

Suorahankinta option muodossa on mahdollinen silloin, kun on kyse alkuperäisen toimittajan kanssa tehdystä rakennusurakkasopimuksesta tai palveluhankinnasta, joka vastaa aikaisemmin avointa tai rajoitettua menettelyä käyttäen tehtyä rakennusurakkaa tai palveluhankintaa. Option käyttöehto tulee mainita alkuperäistä hankintaa koskevassa hankintailmoituksessa tai tarjouspyynnössä sekä sopimuksen arvon laskemisessa. Päätös option käyttämisestä on tehtävä kolmen vuoden kuluessa alkuperäisen sopimuksen tekemisestä.²²⁰

Hankintalain 67 § koskee kansallisia hankintoja yksittäisissä sosiaali-, terveys- tai koulutuspalveluiden hankinnassa. Suoraan hankintaa voidaan käyttää näiden palvelujen kohdalla siinä tapauksessa, jos tarjouskilpailun järjestäminen, neuvottelumenettelyn käyttö tai palvelun tarjoajan vaihtaminen olisi ilmeisen kohtuutonta tai erityisen epätarkoituksenmukaista asiakkaan kannalta merkittävän hoito- tai asiakassuhteen turvaamiseksi. Esimerkkinä mainittakoon lapsen sijoituspaikan valinta lastensuojelullisin perustein tai iäkkään vanhuksen palveluasumista koskeva palveluhankinta.²²¹

Hankintalaissa (7-8 §) määritellään lisäksi kilpailuttamisvelvoitteen ulkopuolelle jäävät hankinnat. Näitä ovat esimerkiksi salassa pidettävät, sotilaalliset ja eräiden kansainvälisten menettelysääntöjen nojalla tehtävät hankinnat.²²² Näiden rajausten lisäksi suorahankinta on mahdollinen yhteishankintayksiköltä yksilöidyn puitesopimuksen nojalla tai yksinoikeuden haltijalta²²³.

Suorahankinta on mahdollinen hankintalaissa esitettyjen perusteiden kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, jos hankinnan arvo on vähäinen tai kilpailuttaminen ei ole muuten tarkoituksenmukaista esimerkiksi transaktiokustannusten vuoksi. Hankinnan vähäisyyden arviointi tapahtuu suhteessa yksikön hankintavolyymiin ja hankintojen luonteeseen nähden. Tavarahankintojen kohdalla vähäisenä hankintana voitaneen pitää 3 000 euron suuruista hankintaa. Palveluhankintojen ja rakentamishankkeiden kohdalla kilpailuttamisen tarve tulee harkita tapauskoh-

²²⁰ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 182, Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 116, Pekkala 2007 s. 102–103.

²²¹ Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 117.

²²² Em. s. 48–49.

²²³ Erityis- ja yksinoikeudella tarkoitetaan yhdelle tai useammalle yksikölle lain, asetuksen tai hallinnollisen määrän nojalla myönnettyä oikeutta jonkin lain soveltamisalaan kuuluvan toiminnon harjoittamiseen.

taisesti. Muiden kuin sosiaali-, terveys- ja koulutuspalvelujen hankintojen kohdalla voitaneen alle 5 000 euron hankintoja ostaa suora hankintana.²²⁴

Kansallisen kynnysarvon alittaviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia. Näissä hankinnoissa hankintayksikkö valitsee oman hankintamenettelynsä. Perusteltua on kuitenkin käyttää hankintamenettelyä, joita sovelletaan arvoltaan suurempiin hankintoihinkin. Menettelytapavalintoja ja hankintapäätösperusteluja ei tarvitse tehdä hankintalain säädösten mukaisesti.²²⁵ Näissäkin hankinnoissa tulisi kuitenkin ottaa huomioon perustamissopimuksesta esille nousevia periaatteita, kuten avoimuutta ja syrjimättömyyttä sekä hyvän hallinnon periaatteita. Sidosyksikköhankinnat voidaan tehdä kilpailuttamatta hankintalaissa esitettyjen ehtojen täytyessä.

Mikäli kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa menetellään hankintalain vastaisesti, on kilpailuun osallistuneella ehdokkaalla tai tarjoajalla mahdollisuus saattaa asia markkinaoikeuden tutkittavaksi. Julkisia hankintoja valvovat ministeriöt voivat saattaa asian markkinaoikeuden käsiteltäväksi, mikäli hankintakilpailua ei ole lainkaan tehty. Samoin voi kyseisellä toimialalla toimiva, kilpailun ulkopuolelle jäänyt yritys saattaa asian markkinaoikeuden tutkittavaksi. Markkinaoikeus voi lainsäännösten perusteella kumota päätöksen tai velvoittaa hankintayksikön suorittamaan hyvitysmaksua kilpailussa hävinneelle yritykselle.²²⁶ Markkinaoikeuden päätöksiin voi hakea muutosta korkeimmasta hallinto-oikeudesta.

Kuntalain mukaan kunnallishallinnon hankintapäätöksestä voi tehdä oikaisuvaatimuksen (KuntaL 89 §) tai kunnallisvalituksen (KuntaL 90 §) Oikaisuvaatimuksen tekeminen on kunnallisvalituksen pakollinen esivaihe. Vasta oikaisuvaatimuksen johdosta annetusta päätöksestä voi valittaa hallinto-oikeudelle tekemällä kunnallisvalituksen. Kuntalain mukainen valitusmahdollisuus korostuu etenkin uuden lain jälkeen kansallisen kynnysarvon alittavissa hankinnoissa, joista ei voi valittaa markkinaoikeuteen. Näistä hankinnoista tehdyistä oikaisuvaatimuksista voidaan valittaa myös kunnallisvalituksen kautta hallinto-oikeudelle, mikä ei taas ole mahdollista kansallisen kynnysarvon ylittävissä hankinnoissa.²²⁷ Hallinto-oikeuden päätöksistä voidaan valittaa edelleen korkeimmalle hallinto-oikeudelle (KuntaL 90 §).

²²⁴ Oksanen 2007 s. 30.

²²⁵ Em. s. 28.

²²⁶ Em. s. 15–16.

²²⁷ Em. s. 15–16.

3.4 Lainsäätäjän tarkoitus

3.4.1 Hankintasääntelyn taustaa lainvalmistelun pohjalta

Hankintasääntelyn kokonaisuuden hahmottamiseksi on hyvä katsoa vielä vähän menneeseen ja maamme ensimmäisen hankintalain valmisteluun ja edelleen uuden hankintalain syntyvaiheisiin. Tässä kappaleessa halutaan tuoda esille niitä seikkoja, mitkä ovat olleet rakentamassa nykyisenkaltaista sääntelyä kansallisella tasolla, erityisesti siitä näkökulmasta, onko kuntien välinen yhteistyö ja julkiset hankinnat niiden välillä otettu huomioon jollakin tavalla lain valmistelussa.

Kauppa- ja teollisuusministeriö asettaman toimikunnan (1991) tarkoituksena oli valmistella ehdotus julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi. Toimikunta työskenteli johtoryhmän ja kolmen työjaoston kanssa yhteensä 28 kertaa. Johtoryhmän puheenjohtajaksi kutsuttiin *Matti Vuoria* ja varapuheenjohtajaksi *Elise Pekkala* kauppa- ja teollisuusministeriöstä. Johtoryhmään kuuluivat myös Suomen Kunnallisliiton edustaja, rakennusurakkajaoston puheenjohtaja, valtiovarainministeriön ja utilities-jaoston puheenjohtaja.²²⁸

Julkisten hankintojen toimikunta ehdotti mietinnössään vuonna 1991 puitelain säätämistä. Mietintö oli laajalla lausuntokierroksella valtion eri laitoksissa sekä kuntien ja elinkeinoelämän keskusjärjestöissä. Toimikunnan mietinnössä esitetyt huomautukset pyrittiin ottamaan huomioon lakiesityksessä. Hallituksen esityksestä hankittiin lausunto useilta tahoilta: ulkoasianministeriöltä, oikeusministeriöltä, sisäasiainministeriöltä, puolustusministeriöltä, valtiovarainministeriöltä, työministeriöltä, evankelisluterilaiselta sekä ortodoksiselta kirkkokunnalta, kuntien keskusjärjestöiltä sekä Suomen Rakennuttajaliitolta.²²⁹ Talousvaliokunnan kuultavana oli useita eri tahoja, kuten kauppa- ja teollisuusministeriön, Suomen Kunnallis- ja Kaupunkiliiton, Sisuauto Ab:n, Suomalaisen Työliiton, Suomen Konsulttitoimistojen liiton ja kilpailuviraston edustajia.²³⁰

Lakiehdotukseen antamassaan lausunnossa Suomen Kaupunkiliitto toivoi väljää puitelakia, johon sisältyisi direktiivien suomennosten noudattamisvelvoite. Kaupunkiliitto kritisoi valtion viranomaisten laajaa asetuksenantovaltuutta. Asetuksenantovalta ei saisi johtaa siihen, että valtion viranomaiset päättäisivät kuntia koskevista asioista laajemmin kuin direktiivit edellyttävät. Kunnille on tärkeää, ettei hitaita byrokraattisia ja kalliita menettelyjä tarvitse käyttää pienten

²²⁸ Julkisten hankintojen toimikunnan muistio 1991 s. 1.

²²⁹ HE 154/1992 vp, s. 10.

²³⁰ Talousvaliokunnan pöytäkirjat (kopiona valtioneuvoston arkistosta).

hankintojen kohdalla. Kaupunkiliitto korosti hallinnon joustavuuden ja normien purkamisen tärkeyttä lakiehdotuksen kohdalla. Kaupunkiliitto toivoi, ettei kynnysarvon alittavista hankinnoista säädettäisi lainkaan laissa.²³¹

Suomen Kunnallisliitto oli lausunnossaan samoilla linjoilla Suomen Kaupunkiliiton kanssa. Asetuksenantovaltuutta pidettiin liian laajana ja tulkinnanvaraisena. Kunnallisliitto korosti että, lakiin tulee sisällyttää vain sellaiset direktiivien määräykset, jotka ovat velvoittavia ja välttämättömiä eikä kansalliseen lainsäädäntöön tule laatia uusia säädöksiä ja muita määräyksiä, jotka ovat tiukempia kuin EY-direktiivit edellyttävät.²³²

Hallituksen antama lakiesitys lähetettiin talousvaliokunnan valmisteltavaksi, muiden valiokuntien kannanottoja ei asiasta ole ainakaan kirjallisessa muodossa. Talousvaliokunta on mietinnössään (TaVM 39/1992) käsitellyt hallituksen esitystä laiksi julkisista hankinnoista. Esityksen johdosta ovat olleet kuultavina muun muassa kauppa- ja teollisuusministeriön, kilpailuviraston, Suomen Kunnallisliiton ja Kaupunkiliiton edustajat.²³³

Hallituksen esityksestä HE 154/1992 vp eikä muista lainvalmisteluasiakirjoista löytynyt viittauksia kuntien välisenä yhteistyönä tehtyjen palvelutoiminnan hankintojen kilpailuttamisvelvoitteista. Laki oli tältä osin tulkinnanvarainen ja puutteellinen nykyiseen käytäntöön nähden. Lain valmisteluvaiheessa kuntasektorin asiantuntijoita oli ollut mukana, mikä puoltaisi sitä, että kuntien näkökulma olisi otettu selvemmin esille varsinaisessa laissa. Yhteistyöargumenttien puuttuminen saattaa merkitä sitä, että kunnallishallinnon nykyinen kehitys lisääntyvään yhteistyöhön ei ollut tuolloin tiedostettavissa etenkin sosiaali- ja terveydenhoitoalalla. *Harjula* ja *Prättälä* ovat valitelleet vanhan hankintalain huonoa lainvalmistelua, jossa ei osattu aikanaan ottaa huomioon sitä, millaisia ongelmia kuntayhteistyö voi kohdata hankintasääntelyn taholta. He ovatkin vaatineet kaikkinaisen kuntayhteistyön pitämistä kilpailuttamisen ulkopuolella.²³⁴

Suomen hankintalainsäädännön kilpailuttamisvelvoite koski siis myös sellaisia hankintoja, josta yhteisön direktiiveissä ei lainkaan säädetty. Tältä osin hankintalainsäädäntömme osoittautui tiukemmaksi kuin vuonna 1995 voimaan tulleet EU-oikeuden säännökset. Vanhaa hankintalakia tarkistettiin joulukuussa 1997 vahvistetulla lailla (1247/97). Keskeistä lainmuutoksessa on lu-

²³¹ Suomen Kaupunkiliitona lausunto lakiehdotukseen, 11.6.1992.

²³² Suomen Kunnallisliiton lausunto lakiehdotukseen, 11.6.1992.

²³³ TaVM 39/1992.

²³⁴ Harjula ja Prättälä teoksessa Valkama 2005 s. 38–39.

kuisten lakitekniisten tarkistusten ja lisäysten ohella erityisesti niin sanottu pakkokilpailuttamisvelvoite eräissä rakennushankkeissa, sosiaali- ja terveydenhuollon ja opetus- ja kulttuuritoimen perustamishankkeissa. Uudistuksella tehostettiin julkisten varojen käyttöä sekä varmistettiin valvontadirektiivien edellyttämä oikeusturvakeinojen toteuttaminen.²³⁵

Kauppa- ja teollisuusministeriö asetti syyskuussa 2003 työryhmän, jonka tehtävänä oli laatia ehdotus hallituksen esitykseksi julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön uudistamisesta. Hankintalakityöryhmän puheenjohtajaksi valittiin Elise Pekkala kauppa- ja teollisuusministeriöstä.²³⁶ Työryhmän toimintaan osallistui suuri määrä alan asiantuntijoita, joista osa oli ollut jo mukana vanhan hankintalain valmistelussa. Uuden hankintalain valmisteluprosessi oli varsin laaja-alainen. Esimerkiksi eri asiantuntijatahojen lausuntoja annettiin huomattavasti enemmän kuin vanhan lain valmisteluvaiheissa.

Hankintalakityöryhmä esitti, että uudet hankintadirektiivit saatettaisiin pääasiallisesti sellaisinaan voimaan Suomessa. Hankintadirektiivit ehdotettiin voimaansaatettavaksi kahdella eri lailla, jolloin myös lain säädösrakenne muuttui, ja että direktiivien sallimat uudet menettelytavat otettaisiin käyttöön. Samalla olisi huomioitava kotimaisessa oikeuskäytännössä esille nousseet tulkintaongelmat ja tarkennettava säännöksiä niiltä osin. Enemmistö lausunnonantajista piti lain rakennetta hyvänä ja selkeänä ratkaisuna. Työryhmän esitykseen sisältyi neljä keskeistä sisällöllistä ehdotusta edellä mainitun rakennetta koskevan esityksen lisäksi. Esitykset koskivat kynnysarvoja, ilmoitusmenettelyä, sidosyksikköhankintoja ja oikeusturvakysymyksiä. Työryhmän esitykseen liittyi kaksi eriävää mielipidettä, jotka koskivat kynnysarvojen suuruutta sekä hankintalainsäädännön soveltamista sosiaali- ja terveystalouteen ja kuntien väliseen yhteistoimintaan.²³⁷

Hankintalainsäädännön uudistuksessa ei muutettu hankintalain perustarkoitusta tai periaatteita. Hankintayksiköillä tulee siten edelleenkin olemaan velvollisuus kilpailuttaa hankintansa. Uudistuksessa pysyi ennallaan myös yhdenvertaisen kohtelun vaatimus eli kaikkia tarjoajia on hankintamenettelyssä kohdeltava tasapuolisesti ja syrjimättömästi. Uudistuksen myötä hankintalaissa olisi kuitenkin vanhaa lakia huomattavasti yksityiskohtaisemmat säännökset erityisesti koskien EY-kynnysarvon alittavia hankintoja. Ehdotuksessa oli myös EY:n tuomioistuimen nykyiseen

²³⁵ Myllymäki – Kalliokoski 2006 s. 160–161.

²³⁶ Julkisista hankinnoista annetun lain (1505/1992) kokonaisuudistusta valmistelleen työryhmän muistio, <<http://www.tem.fi/files/14770/muistio.pdf>> (12.1.08)

²³⁷ HE 50/2006 vp s. 41–42.

käytäntöön perustuvia uudistuksia, jotka aineellisesti tuovat ainoastaan vähäisiä muutoksia.²³⁸ Uudet hankintadirektiivit olisi tullut saattaa osaksi kansallista lainsäädäntöä jo 31.1.2006 mennessä, mutta lainvalmistelu venyi ja eri tahojen yhteisymmärrykseen pääsemiseen vaadittiin kompromissiratkaisuja. Uuden lain valmistelussa osattiin jo paremmin perehtyä vanhan lain tulkinnassa esille nousseisiin ongelmiin, kuten sidosyksikköhankintoihin, joita koskevaa sääntelyä saatiinkin jo uuteen lakiin mukaan.

3.4.2 Keskeisiä muutoksia

Lain sisältö vastaa pääosin aikaisempaa hankintalainsäädäntöä. Direktiiveistä johtuvat keskeisimmät muutokset koskevat yhteishankintayksikön asemaa, eräisiin vakaviin rikoksiin syyllistyneiden tarjoajien pakollista poissulkemista, uusia kilpailuttamismenettelyjä ja ilmoituskanavia sekä tarjousten vertailuperusteiden pakollista painottamista.²³⁹

Hallituksen esitykseen sisältyi ehdotus siitä, että tarjouskilpailuista olisi suljettava eräisiin törkeisiin rikoksiin²⁴⁰ syyllistyneet tarjoajat. Säännös perustuu hankintadirektiiviin ja sen tavoitteena on ehkäistä Euroopan yhteisön taloudellisten etujen ja yhteiskunnan vastainen toiminta. Viranomaisilla ja muilla hankintayksiköillä katsotaan olevan käytännön edellytyksiä ja velvollisuuksia näiden törkeiden rikosten torjumiseen.²⁴¹

Kynnysarvojen kohdalla porrastus muuttui kolmiportaiseksi; EY–kynnysarvot ylittäviin, kansalliset kynnysarvot ylittäviin ja kansalliset kynnysarvot alittaviin hankintoihin, joiden osalta hankintayksiköitä koskevat normit ovat toisistaan poikkeavia. Vaihtoehtona oli myös neliportainen malli. Tämän mallin etuna oli mahdollisuus eriyttää kilpailuttamisvelvoitteen synnyttämä kynnysarvo ja ilmoitusvelvollisuuden kynnysarvo. Lisäksi malli olisi mahdollistanut kevyen sääntelyn pienimmissä hankinnoissa. Malli olisi kuitenkin tuonut pirstaleisuutta ja epäselvyyttä hankintasäännösjärjestelmään, joten päädyttiin kolmiportaiseen malliin, jossa lain soveltamisala ja ilmoittamisvelvollisuus säännellään samoilla kynnysarvoilla.²⁴²

²³⁸ HE 50/2006 vp s.41–42.

²³⁹ Kuntaliiton lausunto hallituksen esitykseen HE 50/2006 Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle 757/90/2006, 29.5.2006, Antero Oksanen, Silja Siltala.
<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;63;376;95649;102603;104654> (22.11.07).

²⁴⁰ Hankintalain 53 §:ssä mainittuja rikoksia ovat esimerkiksi osallistuminen rikollisjärjestön toimintaan, vero- tai avustuspetos, rahanpesu ja lahjonta.

²⁴¹ HE 50/2006 vp, s. 31.

²⁴² HE 50/2006 vp, s. 34.

Hankintalakityöryhmä ei ollut yksimielinen kansallisen kynnsarvon sääntelystä ja vielä hallituksen antamassa esityksessä se oli muuttunut työryhmän ehdotuksesta. Työryhmä ehdotti kansalliseksi kynnsarvoksi 20.000 euroa tavara- ja palveluhankintoihin. Hallituksen esityksessä se supistui 15 000 : een euroon. Kynnsarvot toimivat myös lain soveltamisrajana. Kuntaliitto esitti huomattavasti korkeampia rajoja. Se esitti lainvalmisteluvaiheessa tavaroiden ja palveluiden kohdalla rajaksi 50 000 euroa ja urakoissa 500 000 euroa.²⁴³ Korkeampia kynnsarvoja perusteltiin lainsäädännön vaatimien menettelyjen aiheuttamilla suurilla hallintokuluilla pienissä hankinnoissa.²⁴⁴ On arvioitu, että yli miljoona hankintaa jäisi uuden sääntelyn myötä kansallisen kynnsarvon alle ja näin ollen lain soveltamisalan ulkopuolelle.²⁴⁵

Uusi hankintalaki sisältää laajennetun ilmoitusvelvoitteen. Vanha hankintalaki ei velvoittanut ilmoittamaan julkisesti EY-kynnsarvon alittavista hankinnoista tai toissijaisista hankinnoista. Komissio on kuitenkin kiinnittänyt erityistä huomiota ja käynnistänyt valvontamenettelyjä ilmoitusvelvoitteiden laiminlyönneistä. Euroopan yhteisöjen tuomioistuin on oikeuskäytännössä katsonut, että julkisissa hankinnoissa on noudatettava yhteisön perustamissopimukseen sisältyviä oikeusperiaatteita kansalaisuuteen perustuvaa syrjinnän kieltoa ja erityisesti avoimuusperiaatetta. Jotta Suomen lainsäädäntö vastaisi yhteisöoikeuden periaatteita koskevia tulkintoja erityisesti avoimuuden osalta, ehdotettiin ilmoitusvelvoitetta laajennettavaksi myös hankintadirektiivin soveltamisalan ulkopuolisiin hankintoihin.²⁴⁶ EY-kynnsarvon alittavia hankintoja tehdään vuosittain arviolta 40 000 kappaletta. Ilmoitusmenettelyyn on tällaisia hankintoja tullut vuosittain noin 2.000 kappaletta, joten ilmoitusten määrä kasvaa uuden sääntelyn myötä huomattavasti.²⁴⁷

Ilmoitusvelvollisuus lisää jonkin verran kilpailuttamiseen liittyviä hallinnollisia kustannuksia. Laajentunut ilmoitusvelvollisuus merkitsee kuitenkin läpinäkyvyyden parantumista, kilpailun lisääntymistä sekä julkisten varojen käytön tehostumista, jota voitaneen pitää koko lakiuudistuksen merkittävämpänä muutoksena hankintasäännösten taloudellisia vaikutuksia arvioitaessa. Myönteisenä tulisi nähdä myös se, että kilpailun kautta löydetäisiin parhaat mahdolliset toteut-

²⁴³ Kuntaliiton lausunto hallituksen esitykseen HE 50/2006 Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle 757/90/2006, 29.5.2006, Antero Oksanen, Silja Siltala.

²⁴⁴ HE 50/2006 vp, s. 33.

²⁴⁵ TaVM 26/2006 vp, s. 3.

²⁴⁶ HE 50/2006 vp, s. 17.

²⁴⁷ TaVM 26/2006 vp, s. 3.

tajat niillä reunaehdoilla, jotka tilaaja asettaa.²⁴⁸ Ilmoitusmenettelystä säädetään tarkemmin hankinta-asetuksessa.

Hallituksen esityksessä tuotiin esille uutena kilpailullinen neuvottelumenettely ja puitejärjestely. Kilpailullista neuvottelumenettelyä voidaan käyttää erityisen monimutkaisissa hankinnoissa, joiden oikeudellisia, rahoituksellisia tai teknisiä yksityiskohtia ei pystytä ennalta määrittelemään. Käyttökohteita voivat olla esimerkiksi suuret liikenneinfrastruktuurihankkeet ja korkean teknologian hankkeet.²⁴⁹ Puitejärjestelyllä tarkoitetaan yhden tai useamman hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välistä sopimusta, jolla vahvistetaan tietyn ajan kuluessa tehtäviä hankintasopimuksia koskevat ehdot esimerkiksi hintojen ja suunniteltujen määrien osalta. Järjestely soveltuu tuoteryhmiin, joiden hinnat vaihtelevat lyhyellä aikavälillä sekä palveluille, joiden tarkkaa alkamisajankohtaa ei voi ennakoita, mutta joita tarvitaan nopeasti asiakastarpeen mukaan.²⁵⁰ Puitejärjestelystä säädetään lain 31–32 §:ssä

Sähköisten ilmoituskanavien käyttämistä pidetään enenevässä määrin tärkeänä. Sähköisten kanavien käyttö lisää joustavuutta, avoimuutta ja nopeutta hankintaprosessissa. Dynaamisesta hankintajärjestelmästä ja sähköisestä huutokaupasta säädetään valtioneuvoston antamalla hankinta-asetuksella.²⁵¹ Kauppa- ja teollisuusministeriö on asettanut työryhmän valmistelemaan asetusta sähköisestä huutokaupasta ja dynaamisesta hankintajärjestelmästä.²⁵²

Tarjouspyynnön vähimmäissisältö on nyt määritelty laissa (41 §). Tarjoajien ja tarjouksen valinnan erillisyyttä on tarkennettu. Tarjousten vertailuperusteet on painotettava etukäteen, kun valintaperusteena käytetään kokonaistaloudellista edullisuutta. Kansallisissa direktiivin ulkopuolelle jäävissä hankinnoissa on mahdollisuus ilmoittaa vain tärkeysjärjestys.²⁵³

Uudessa laissa on säädetty myös teknisten eritelmien laadinnasta. Tällä säädöksellä kannustetaan innovatiivisten ratkaisujen sallimiseen. Hankinnan kohteena oleva tuote tai palvelu voidaan yksilöidä käyttämällä standardeja tai tuotteelta edellytetyjä toiminnallisia vaatimuksia.²⁵⁴ Uudessa laissa on tuotu esille myös ympäristönäkökohtien huomioon ottaminen julkisissa hankinnoissa. Vanhassa hankintalaissa ei ollut erityisiä säännöksiä ympäristöön

²⁴⁸ Neimala 2006 s. 47.

²⁴⁹ HE 50/2006 vp, s. 79. Lain 29–30 §.

²⁵⁰ Pekkala 2007 s. 201, 203.

²⁵¹ HE 50/2006 vp, s. 2, 30.

²⁵² Työ- ja elinkeinoministeriön tiedote 5.12.07, <<http://www.tem.fi/index.phtml?s=903>> (4.1.2008).

²⁵³ Pekkala 2007 s. 43, ks. myös Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 161

²⁵⁴ Tuotemerkkiin viittaaminen on pääsääntöisesti kielletty. Tietotekniikan hankinnoissa on usein viitattu Intel-tuotemerkkiin. Asiasta on huomautettu useille jäsenmaille. Vastaavaan prosessoriin voisi viitata käsitteellä x86-mikroprosessori. Pekkala 2007 s. 270, 43.

liittyvistä vaatimuksista hankintamenettelyssä lukuun ottamatta kynnyksarvon ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista annetussa asetuksessa olevaa pykälää (41 §). Tämän mukaan yhtenä tarjouksen arviointiperusteena voidaan käyttää ympäristökustannuksia.²⁵⁵ Uudessa hankintalaissa tuodaan ympäristönäkökohdat esille monessa kohdassa. Ympäristönäkökohdat voidaan ottaa huomioon kaikissa hankintamenettelyn vaiheissa; niin hankinnan suunnittelussa, tarjoajien ja ehdokkaiden valinnassa kuin hankintasopimuksen tekemisessä.²⁵⁶ Ympäristönäkökohtien huomioon ottamisella julkisissa hankinnoissa on suuri merkitys kestävän kehityksen edistämiseksi.

Oikeusturvakeinoihin liittyen valittajan vastuuta oikeudenkäyntikuluista on laajennettu. Muutoksenhaun eräänä ongelmana on ollut se, ettei muutoksenhakija ole käytännössä joutunut maksamaan hankintayksikön oikeuskuluja silloinkaan, kun muutoshakemus on hylätty. Hakija on joutunut korvaamaan kun valituksessa on esitetty ilmeisen perusteettomia vaatimuksia. Uuden hankintalain mukaan tätä käytäntöä ei enää sovelleta, vaan korvausvelvollisuus määräytyy samoin kuin käräjäoikeuskäsittelyssä, jossa hävinnyt osapuoli joutuu pääsääntöisesti maksamaan vastapuolen oikeudenkäyntikulut. Hakijalla on uuden lain mukaan kuluriski, mikä hillitsee aiheuttomien valitusten tekemistä.²⁵⁷

Hallitus esityksessään ja muun muassa talousvaliokunta mietinnössään (TaVM 26/2006) ja hallintovaliokunta lausunnossaan (HaVL 25/2006) kiinnittivät huomiota siihen, että hankintalainsäädännön menettelytapavelvoitteiden tuntemus vaihtelee suuresti kunnissamme. Hajautettu hankintatoimi on aiheuttanut henkilöstöressurssien epätarkoituksenmukaista käyttöä ja kustannustehottomuutta. Kilpailuttamisprosessin hallinnassa on esiintynyt ongelmia, eikä näin ollen hankintoja ole aina kilpailutettu lainsäädännön edellyttämällä tavalla. Tähän ongelmaan on kiinnitetty yhä enemmän huomiota. Hankintojen ja asiantuntemuksen keskittäminen on parantanut hankintalainsäädännön soveltamista.²⁵⁸ Kuntien hankintahenkilöstön asiantuntemuksen lisääminen on välttämätöntä tulevaisuudessakin.

3.4.3 Kuntien väliseen yhteistyöhön liittyvät kysymykset

Kuntien välisen yhteistyön kannalta merkittäviä muutoksia ovat sidosyksikköhankintoihin ja yhteistoimintasopimukseen liittyvät säädökset. Lain 10 §:ään sisällytetty erityissäännös sidosyk-

²⁵⁵ HE 50/2006 s. 40.

²⁵⁶ Pekkala 2007 s. 272.

²⁵⁷ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 346–347.

²⁵⁸ Ks. HE 50/2006 s. 13, TaVM 26/2006 vp, s.11–12, HaVL 25/2006 vp, s. 4–5.

sikköhankeista (in house) on erittäin tärkeä. Kuten voimme todeta luvussa 3.4. (lainsäätäjän tarkoitus) on vanhassa hankintalain jätetty huomioon ottamatta kuntien väliseen yhteistyöhön liittyvät seikat. Uudessa laissa asiaa on osittain korjattu, mutta sääntelyyn on jäänyt vielä aukkoja.

Talousvaliokunta toi esille mietinnössään, ettei hallituksen esityksessä ole laajemmalti käsitelty kuntalain 10.luvun mukaisia yhteistyömuotoja. Kuntien välisiä yhteistyömuotoja kuntapalveluiden osalta ei ole yleensä pidetty hankintalainsäädännön alaan kuuluvina. Kuntalain mukaisista yhteistyömuodoista ei ole vielä riittävästi oikeuskäytäntöä, jotta olisi nähty tarpeelliseksi säännellä kuntien välistä yhteistyötä lakiesityksessä. Hallituksen esityksen mukainen sääntely antaa oikeuskäytännön asettamien kriteerien mukaan mahdollisuuden myös kuntien yhteistyölle.²⁵⁹EY-tuomioistuimen ratkaisut ovat murentaneet osittain ajatusta kuntalain yhteistyömuotojen koskemattomuudesta.

Kuntien yhteistyön tarvetta on tuotu voimakkaasti esille viimeaikaisissa poliittisissa keskusteluissa ja lainsäädäntöhankeissa, joten on luonnollista, että epäselvyydet lainsäädännön ja konkreettisen yhteistyön edeltä poistetaan myös hankintalainsäädännön osalta. Mikäli korkeimman hallinto-oikeuden tulkintaa noudatetaan vastaisuudessa, tulee meidän muuttaa kuntalakia, erityislainsäädäntöä ja hankintalakia päästäksemme lähemmäksi KHO:n määritelmää yhteistyön valvonnasta tai perustaa suurempia kuntia,²⁶⁰ jolloin yhteistyön tarve vähenee. Hankintalakiin (10 §) tehtiin tarkennus muodollisesti erillisen sidosyksikön valvonnasta siten, että sidosyksikkö tulee valvoa kuten kunnan omia toimipaikkoja.

Kunnat ovat organisoineet hallintonsa useammalla eri tavalla esimerkiksi liikelaitoksina tai kuntakonserniin kuuluvina yhtiöinä. Hankintalain 10 § poistaa suurimman osan esillä olleista ongelmatilanteista. Pykälässä esitetään hankintalain soveltamisalasta poissuljettavaksi hankinnat, joita hankintayksikkö tekee siihen sidossuhteessa olevalta yksiköltä. Säännös on uusi ja se perustuu Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen sidoshankintoja koskevaan oikeuskäytäntöön.²⁶¹

Uuteen hankintalakiin otettiin EY-tuomioistuimen käytäntöön perustuen säännös, joka koskee hankintayksikön hankintoja sen sidosryhmiltä. Hallituksen esityksen pohjana oli ollut Teckal-ratkaisu,²⁶² josta tässä työssä on jo aiemmin mainittu. Tuomion mukaan yhteisön julkisten han-

²⁵⁹ TaVM 26/2006 s. 7–8.

²⁶⁰ Mäkinen 2005 s. 204. Mäkinen on lausunut tämän ennen uutta hankintalakia.

²⁶¹ HE 50/2006 vp, s. 61.

²⁶² Teckal-ratkaisu, Asia C-107/98, Kok. 199-II, I-8121.

kintojen direktiivin soveltamisalaan kuuluvat rahallista vastiketta vastaan tehdyt kirjalliset sopimukset, joiden kohteena on tavarahankinta/palveluhankinta, jonka alueellinen tai paikallinen viranomaisen aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa, riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen. Toisin on ainoastaan sellaisissa tilanteissa, joissa viranomaisen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samoin, kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja, joissa tämä oikeushenkilö harjoittaa pääasiallista toimintaa sen omistavien viranomaisten kanssa.²⁶³

Kuntaliitto katsoo lakiehdotuksesta antamassaan lausunnossa, ettei säännösehdotus kuitenkaan poista kokonaisuudessaan sidosyksikköjen hankintoihin liittyviä ongelmia. Esimerkiksi kuntakonserniin kuuluvan yhtiön hankinnat sen omistavalta kunnalta ei muodollisesti ottaen olisi sallittua. Kuitenkin käytännössä konsernin kannalta on samantekevää, onko kysymys kunnan hankinnasta sidosyksiköltä tai kunnan sidosyksikön hankinnasta kunnalta. Nämä tapaukset pitäisi voida rinnastaa keskenään. Kansallisen lainsäädäntöämme on tarkistettava tältä osin yhteisön oikeuden tulkintojen kehittymisen myötä.²⁶⁴

Teckal Srl vastaan Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Alueellisen viranomaisen tekemä tiettyjen tavaroiden ja palvelujen hankintaa koskeva sopimus sellaisen kuntayhtymän kanssa, johon se kuuluu. AGAC on useiden kuntien, muun muassa Vianon, perustama kuntayhtymä, jonka tehtävänä on huolehtia energia- ja ympäristöpalveluista. Vianon kunnanvaltuusto oli antanut AGAC:n tehtäväksi hallinnoida tiettyjen kunnan rakennusten lämmityspalvelua, ja erityisesti sen tehtäviin kuului kunnan lämmityslaitteiden huoltaminen ja ylläpito, sekä tarvittavat parannustyöt ja polttoaineen toimittaminen. Valittaja Teckal on lämmityspalvelujen alalla toimiva yksityinen yritys, joka katsoi, että Vianon kunnan olisi tullut järjestää yhteisön säännösten mukainen tarjouskilpailu, eikä ostaa palveluja ja tavaroita suoraan AGAC:ltä. Asiaan liittyen kansallinen tuomioistuin tiedusteli, sovelletaanko julkisia hankintoja koskevia säännöksiä silloin, kun alueellinen tai paikallinen viranomaisen antaa tavaroiden ja palveluiden toimittamisen sellaisen kuntayhtymän tehtäväksi, johon se kuuluu. Ennakkoratkaisupyynnöstä ilmeni, että Vianon kunta oli tehnyt AGAC:in kanssa tiettyjen palveluiden ja tavaroiden hankinnasta sopimuksen, jossa tavaroiden arvo oli suurempi kuin kyseisten palvelujen. Niinpä asia kuului tavarahankintadirektiivin 93/36/ETY soveltamisalaan. Ratkaistavaksi jäi siten se, olivatko Vianon kunta ja AGAC tehneet tavarahankintadirektiivin mukaisen kahden erillisen henkilön välisen hankintasopimuksen. Tavarahankintadirektiivin 1 artiklan a kohdan mukaan hankintasopimuksen osalta riittää pääsääntöisesti se, että sopimus on tehty alueellisen tai paikallisen viranomaisen ja tästä oikeudellisesti erillisen henkilön välillä. Toisin on ainoastaan niissä tapauksissa, joissa alueellinen tai paikallinen viranomaisen valvoo kyseistä oikeushenkilöä samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja joissa oikeushenkilö harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa. Yhteisöjen tuomioistuin ratkaisi sille esitetyn ennakkoratkaisukysymyksen seuraavasti: Hankintadirektiiviä sovelletaan silloin, kun hankintaviranomainen, esimerkiksi alueellinen tai paikallinen viranomaisen, aikoo tehdä siitä muodollisesti erillisen päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa rahallista vastiketta vastaan kirjallisen sopimuksen, jonka kohteena on tavaroiden hankinta, riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen." Kansallisen tuomioistuimen selvitetäväksi jäi oliko kyseessä kahden erillisen yksikön välinen sopimus ja toteutuivatko valvontaa ja toiminnan ja harjoittamista koskevat edellytykset.

²⁶³ HE 50/2006 vp, s. 61.

²⁶⁴ Kuntaliiton lausunto Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle, 29.5.2006, 757/90/2006, Antero Oksanen, Silja Siltala.

Yhteishankintayksikön²⁶⁵ käsite sisältyy jo vanhaan hankintalakiin, jonka mukaan hankintayksikön ei tarvitse järjestää tarjouskilpailua yhteishankinnassa, kun hankinta tehdään sellaiselta yhteishankintayksiköltä, joka on noudattanut hankintalain säännöksiä hankinnan tekemisessä. Tämä säännös säilyi sisällöllisesti edelleen laissa. Uuteen lakiin otettiin yhteishankintayksikön määritelmä omana pykälänä (11 §).²⁶⁶

Uuden hankintalain 10 §:n perusteluissa nousee esille pääkaupunkiseudun kuntien aloite kuntien välisten yhteistyömuotojen sallittavuudesta ja siihen komission antamaa vastausta. Komission vastauksessa käsitellään vain hankintoja. Kuntien yhteistoimintamuodot eivät ole vain hankintoja, joten tältä osin asia tulisi hankintalaissa määritellä paremmin. Yhteistoimintasopimukset eivät ole kaupallisia sopimuksia, vaan yhteistä toimintaa, josta aiheutuneet kustannukset jaetaan yhteisvastuullisesti. Yhteistoimintasopimukset ovat pitkäkestoisia määrätyn tehtäväkokonaisuuden hoitamiseksi solmittuja sopimuksia. Tällaiset sopimukset vastaavat kuntayhtymien perustamissopimuksia. Yhteistoimintasopimuksissa tavoitellaan kuntayhtymiä kevyempiä hallinnollisia ratkaisuja, joissa valvonta suoritetaan yhteislautakunnan tai yhteistoimintasopimuksen sopimusehtojen kautta. Lain perusteluissa tuodaan esille hankintayhteistyön tekeminen yhteisen hankintaviranomaisen tai yhteisen hankintamenettelyn kautta. Hankintalainsäädännön ei katsota soveltuvan tilanteeseen, jossa kunnat päättävät organisoida toimintojaan uudelleen ja siirtää toimivallan erilliselle oikeushenkilölle, joka on perustettu tätä tarkoitusta varten.²⁶⁷

3.5. Pohjoismaisia käytäntöjä

3.5.1 Julkisten hankintojen sääntely Ruotsissa

Laki julkisista hankinnoista tuli voimaan ensimmäisen kerran vuonna 1994.²⁶⁸ Uusi hankintalaki hyväksyttiin vuoden 2007 joulukuussa. Lakiuudistus toteutettiin samaan tapaan, kuin Suomesakin, kahdella eri lailla (Lagen om offentliga upphandlingar 2007:1091 LOU (klassiska lagen), ja Lagen om offentliga upphandlingar inom områdena, vatten, energi, transporter och posttjänster 2007:1092 LOU (försörjningslagen).²⁶⁹ Lakiuudistus ei sisältänyt tämän tutkimuksen aihee-

²⁶⁵ Yhteishankintayksikkö on hankintayksikkö, joka hankkii sen suoraan tai välillisesti omistaville toisille hankintayksiköille tavaroita tai palveluja taikka tekee näille tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia tai puitejärjestelyjä (hankintalaki 11 §). Yhteishankintayksikköä on esitelty tarkemmin luvussa 2.

²⁶⁶ Pekkala 2007 s. 126, Yhteishankintayksikköä on käsitelty tarkemmin luvussa 2.2.4.

²⁶⁷ Suomen Kuntaliiton lausunto Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle, 29.5.2006, 757/90/2006, Antero Oksanen, Silja Siltala, HE 50/2006 s. 63.

²⁶⁸ Lagen om offentliga upphandlingar, LOU 1992:1528.

²⁶⁹ Konkurrensverket, uudet hankintalait, <http://www.kkv.se/t/Page___2952.aspx>(12.1.2008).

seen liittyviä merkittäviä muutoksia aikaisempaan lakiin nähden. Uudistuksen tarkoituksena oli myös selventää ja jäntevöittää lain rakennetta. Uutena sääntelynä lakiin tuli säännös puitesopimuksesta ja sen käytöstä hankintamenettelyssä. Hankintalakiin ei tullut erillistä pykälää sidosyksikköhankinnoista. Sidosyksikköhankinnoissa noudatetaan direktiivien ja EY-oikeuden tulkinnan mukaista menettelyä.²⁷⁰

Hankintalakia (klassiska lagen) sovelletaan kynnysarvot ylittäviin, alittaviin hankintoihin ja direktiivin liitteessä B esitettyihin toissijaisiin palveluhankintoihin. Erityisalojen hankintalaki (försörjningslagen) sisältää säännökset vesi- ja energiahuollon, liikenteen sekä teletoiminnan alalta. Hankintalain toteutumista on seurannut hankintalautakunta NOU,²⁷¹ jolle kuuluvat myös neuvonta julkisissa hankinnoissa sekä lausuntojen antaminen tuomioistuimille valitusasioissa. Kynnysarvot ylittävien hankintojen osalta noudatetaan tarkoin direktiivien sanamuotoja. Hankintalain lisäksi on säädetty asetuksia, jolla säädellään hankintailmoituksia, teknisiä eritelmiä, ja standardilomakkeita.²⁷²

EU-kynnysarvon alittavia hankintoja sekä liitteen B²⁷³ palveluhankintoja koskevat lähes samat säädökset kuin kynnysarvon ylittäviä hankintoja. Kynnysarvon alittavissa hankinnoissa on mahdollista käyttää yksinkertaistettua hankinta- ja valintamenettelyä. Hankinnan voi tehdä suora hankintana edellä mainituissa hankinnoissa, jos hankinnan arvo on vähäinen tai siihen on erityinen syy. Hankintayksiköt vahvistavat omia ohjeitaan vähäisistä hankinnoistaan. Suorien hankintojen kynnysarvo määräytyy hankintayksikkökohtaisesti. Kynnysarvon alittavat hankinnat tulee ilmoittaa virallisessa julkaisukanavassa.²⁷⁴

Mikäli hankintayksikkö on rikkonut hankintalain säännöksiä ja menettelystä on aiheutunut tarjoajalle vahinkoa, voi lääninoikeus velvoittaa hankinnan tehtäväksi uudelleen. Tämän lisäksi lääninoikeus voi päättää, että hankinta voidaan suorittaa loppuun vasta sitten, kun oikaisu on tehty.²⁷⁵ Oikeusturvakeinot ovat samat kynnysarvot ylittävissä ja alittavissa hankinnoissa sekä

²⁷⁰ Konkurrensverket, haastattelu Graf Morin, Camilla.

²⁷¹ NOU:n tehtävät ovat siirtyneet syyskuussa 2007 Konkurrensverketille.

²⁷² HE 50/2006 vp, s. 8-9, Näin myös uudessa laissa. Uuteen hankintalakiin liittyen on annettu asetus. Förordning (2007:1099) om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och post tjänster.

²⁷³ Liite B sisältää mm. hotelli- ja ravintolapalveluja, koulutuspalveluja, terveydenhoito- ja sosiaalipalveluja. Liitteet ovat tämän työn lopussa.

²⁷⁴ HE 50/2006 vp, s. 8-9, Konkurrensverket, haastattelu Graf Morin, Camilla.

²⁷⁵ Siitari-Vanne 2002 s. 343. Uudessa laissa ei tullut muutoksia tähän.

liitteen B palveluhankinnoissa. Lääninoikeuden päätöksestä voi valittaa kamarioikeuteen ja edelleen luvanvaraisesti Ruotsin korkeimpaan hallintotuomioistuimeen.²⁷⁶

Kuntien välinen yhteistyö on kohdannut ongelmia hankintasäätelyn osalta myös Ruotsissa. Karlskogan kunta osti hälytyspalveluita kuntayhtymältä. Inter Alarm Skandinavia valitti hankinnasta, koska Karlskogan kunta ei ollut käyttänyt hankintalain mukaista hankintamenettelyä palvelun ostamisessa, vaan palvelu hankittiin suoraan hankintana. Kuntayhtymä oli perustettu vuonna 1997 vastaamaan pelastuspalvelusta. Yhtymään kuului Karlskogan lisäksi viisi lähikuntaa. Kuntayhtymään perustettiin hälytyskeskus, jota oli aiemmin hoitanut Karlskogan kunta.. Kuntayhtymän tarkoitus on tuottaa hälytyspalveluita jäsenkunnilleen. Valittaja toi esille myös kuntayhtymän palvelujen myynnin yksityiselle taholle. Kuntayhtymän myynti ulkopuoliselle taholle oli vähäistä, mikä nykyisen EY-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan on mahdollista. NOU tutki valitusta ja totesi, ettei löytänyt syitä, mitkä ovat ristiriidassa kunta- ja hankintalain kanssa julkisten hankintojen osalta kuntayhtymän ja sen jäsenkunnan välillä. NOU lopetti asian tutkimisen. Keskeisenä arvioinnin kriteereinä olivat kuntayhtymän hallinnon ja talouden valvonta ja myynti ulkopuolisille.²⁷⁷

3.5.2 Julkisten hankintojen sääntely Tanskassa

Tanskassa on saatettu uudet hankintadirektiivit voimaan vuoden 2005 alussa kahdella erillisellä talous- ja elinkeinoministeriön säädöksellä²⁷⁸. Direktiivit on saatettu voimaan yleisellä puitesäännöstöllä ja viittaamalla direktiivien asianomaisiin artikloihin. Direktiivit ovat säännösten liitteenä kokonaan. Hankintadirektiiveihin liittyvät uudet hankintatavat ovat käytössä. Näitä ovat puitejärjestely, dynaaminen sähköinen hankintajärjestelmä, kilpailullinen neuvottelumenettely sekä sähköinen huutokauppa. Yhteishankintayksikön käyttö on mahdollista. Yksikön tehtävänä on kilpailuttaa puitesopimuksia valtion ja paikallisviranomaisten hankintayksiköiden tarpeisiin. Kynnysarvon alittavissa hankinnoissa ei rakennusurakoita lukuun ottamatta ole säännöksiä, koska on katsottu, että perustamissopimuksen säännökset tavaroiden, palveluiden ja henkilöiden vapaasta liikkumisesta katsotaan sisältävän jo sellaisenaan ilmoitusvelvollisuuden.²⁷⁹

²⁷⁶ Siitari-Vanne 2002 s. 343

²⁷⁷ NOU Dnr 2006/0100–26.

²⁷⁸ Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter (nro 937, 16.9.2004) ja Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester (nro 936, 16.9.2004).

²⁷⁹ HE 50/2006 s. 9-10.

Tanskan kilpailuhallitus (Konkurrencestyrelse) vastaa hankintalain valvonnasta ja epäiltyjen rikkomusten selvittämisestä. Sen lisäksi se antaa julkisten hankintojen ohjausta ja suosituksia. Kilpailuhallitus voi käsitellä valituksia ja ongelmia jo hankintamenettelyn aikana, mutta se voi saattaa rikkomusasian hankinta-asioiden valituslautakunnan ratkaistavaksi. Valituslautakunnalla on toimivalta sitovien päätösten antamiseen.²⁸⁰

Tanskan kilpailuhallitus on antanut myös kaksi johtavaa periaatelausuntoa koskien kuntien välisiä in house -hankintoja. Tapauksia tulkitaan Teckal -päätöksen pohjalta. Hankinta voidaan ilman hankintalain mukaista hankintamenettelyä tehdä sellaisen yksikön kanssa, jota viranomaisen valvoo samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja, joka harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.

Ensimmäinen tapaus²⁸¹ koskee kuntien yhteisen osakeyhtiön ja yksityisen kunnan välistä hankintasopimusta (Kommuners kontrakt med et selskab med kommunalt ejerskab (Jysk Miljølaboratorium)). DCA katsoo että, useamman kunnan muodostaessa yhteisen osakeyhtiön ei yksittäisellä kunnalla ole hankintalainsäädännön mukaista valvontamahdollisuutta osakeyhtiöön. Tällöin hankintoja ei voida tehdä suoralla sopimuksella in house -hankinnan mukaisesti, vaan yksittäisen kunnan on kilpailutettava hankintansa yhteiseltä osakeyhtiöltä.

Toinen tapaus²⁸² on rakenteeltaan samankaltainen. Tässä tapauksessa pohditaan usean kunnan omistaman osakeyhtiön ja yksittäisen kunnan riippuvuussuhdetta yhtiöstä. Keskeistä on se, tuottaako yhtiö tuotteensa pääasiassa sen omistajakuntien käyttöön ja onko yksittäisellä kunnalla valvontamahdollisuus yhtiön toimintaan. Mikäli hankintalainsäädännön mukaiset vaatimukset in house -hankintojen osalta täyttyvät, voidaan hankinta tehdä ilman kilpailuttamista.

Kuntien välisen yhteistyön vaikeutuminen hankintasääntelyn myötä on tunnistettavissa useissa EU:n jäsenmaissa. Esimerkkimaat Tanska ja Ruotsi ovat kuntarakenteeltaan lähellä suomalaista kunta- ja palvelurakennetta, ja hankintasääntely on hyvin samankaltaista näissä kolmessa maassa. Tämän lyhyen katsauksen tarkoitus on nostaa esille näkökohta, etteivät hankintasääntelyn ja kuntayhteistyön väliset ongelmat ole ainoastaan kotimaamme ongelmia.

²⁸⁰ Siitari-Vanne 2002 s. 351.

²⁸¹ Konkurrencestyrelsen <<http://www.ks.dk/udbud/ks-udtalelser/2003/vejledende-udtalelser/resume/kommuners-kontrakt-med-et-selskab-med-kommunalt-ejerskab-jysk-miljoelaboratorium/>> (30.12.2007).

²⁸² Konkurrencestyrelsen <<http://www.ks.dk/udbud/ks-udtalelser/2003/vejledende-udtalelser/skrivelse-fuldtekst/kontrakter-om-kommunale-samarbejder/>>(30.12.2007).

4 JULKISTEN HANKINTOJEN SÄÄNTELYN JA YHTEISTYÖN

ONGELMAKOHTIA

4.1 Yleisiä näkökohtia

4.1.1 Pakollinen kilpailuttaminen ja itsehallinnon ”inflaatio”

Vanhaa hankintalakia tarkistettiin julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisella (1247/97). Eduskunnan hyväksymä uusi kilpailuttamispakko merkitsi sitä, että rakennushanketta ei saanut toteuttaa omana työnä järjestämättä tarjouskilpailua, jos hankkeen toteuttamiseen myönnettiin hankekohtaista valtionapua ja hankkeen valtionavun perusteena oleva arvonlisäverollinen kustannusarvio oli vähintään 5 miljoonaa markkaa (noin 0,8 milj. euroa). Muutos koski kuitenkin vain hankekohtaisesti avustettuja rakennustöitä, mutta ei sen sijaan yleisen valtionosuuden piiriin muutoin kuuluvia hankkeita. Vanhan hankintalain 5 §:n uuden 4 momentin mukaan rakennusurakkaa ei saanut toteuttaa omana työnä järjestämättä tarjouskilpailua. Tämän muutoksen kautta kunnilta ja muilta hankintalain tarkoittamilta hankintayksiköiltä poistui mahdollisuus vapaasti harkita, miten ne toteuttavat rakennushankkeensa.²⁸³ Uuden hankintalain 13 § jatkaa tätä kilpailuttamisen perinnettä. Samoin uuden lain 6.5 §:ssä säädetään, että hankintalainsäädäntöä sovelletaan mihin tahansa hankinnan tekijään silloin, kun se on saanut hankinnan tekemiseen tukea yli puolet hankinnan arvosta esimerkiksi valtiolta tai kunnalta. Tällaisia tukia voivat olla esimerkiksi investointituet, jotka on osoitettu tiettyyn hankintaan.

Suomen Kuntaliitto esitti voimakkaasti kritiikkiä vanhan lain valmistelun yhteydessä, mutta siitä huolimatta eduskunta hyväksyi lakimuutoksen. Lainvalmistelun yhteydessä monet ministeriöt ja muut tahot esittivät pakkokilpailuttamisvelvoitteen ulottamista myös palveluhankintoihin, mikä on yllättävää, kun ottaa huomioon kuntien perustuslain suoman itsehallinnollisen aseman. Laajempaan pakkokilpailuttamiseen ei kuitenkaan lopullisessa hallituksen esityksessä tuolloin päädytty.²⁸⁴

1990-luvun lopulla on selvästi havaittavissa muutos kuntien toimintaympäristössä. Taloudellisen laman myötä toimintojen tehostamisen tarve on selvästi kasvanut ja palvelujen kilpailuttaminen on otettu esille. Pakkokilpailuttaminen palveluiden osalta merkitsisi sitä, että kunnat joutuisivat kilpailuttamaan omat toimintansa käynnistämiset ja laajentamiset. Mikäli kuntapalve-

²⁸³ Lakimuutos (1247/97), Kuntaliiton yleiskirje 4/98.

<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;29;63;375;23856;23868;3971> (15.8.2007).

²⁸⁴ Em.

lut vaadittaisiin kilpailutettavaksi, merkitsisi se puuttumista kunnan toimialaan ja valtuuston toimivaltaan. Pakkokilpailuttaminen olisi samalla perustuslain vastaista kuntien itsehallinnollisen aseman näkökulmasta tarkasteltuna. Hyvinvointipalvelujen tuottaminen markkinoiden ja kilpailun ehdoilla on vaikeasti toteutettavissa. Kuntapalveluiden markkinaehtoistumisessa palveluiden pakkokilpailuttaminen ei ole järkevä ratkaisu vaan kilpailuttamisen tulisi perustua vapaaehtoisuuteen, jolloin se olisi kunnallisen itsehallinnon hengen mukaista.²⁸⁵

Euroopan yhteisöjen komissio on nostanut kanteen Saksan liittotasavaltaa vastaan asiassa,²⁸⁶ jossa neljä alasaksilaista piirikuntaa oli tehnyt suoran sopimuksen puhtaanapitopalveluista Hampurin puhtaanapito-osaston (julkisoikeudellisen laitoksen) kanssa. Sopimus tehtiin ilman hankintamenettelyä ja hankintailmoitusta. Yhteisöjen tuomioistuin katsoi, että piirikuntien olisi tullut noudattaa hankintalainsäädäntöä hankintaa tehdessään. Saksan liittohallitus oli esittänyt kanteessaan näkemyksen itsehallinnollisen oikeuden suhteesta hankintalainsäädännön noudattamiseen. Komissio ilmoitti, ettei voi yhtyä siihen näkemykseen, ”että kunnalliset kokonaisuudet eivät kunnallisen itsehallinnon perusteella valitusta oikeudellisesta muodosta riippumatta kuulu julkisia hankintoja koskevan lain soveltamisalaan. Oikeus kunnalliseen itsehallintoon ei nimittäin voi johtaa siihen, että alueellisten julkisyhteisöjen ei tarvitsisi noudattaa julkisia hankintoja koskevia säännöksiä”.²⁸⁷ Komissio oli kannassaan selkeä. Itsehallinnolla ei ole merkitystä hankintalainsäädännön soveltamisen kanssa. Suomi on 19.3.2007 päivätyllä hakemuksellaan pyytänyt saada tukea väliintulijana Saksaa.²⁸⁸ Asiasta ei ole vielä tullut lopullista päätöstä.

Itävallassa on myös kiinnitetty huomiota EY-tuomioistuimen mahdollisuuden alistaa kuntien yhteistyöorganisaatiot hankintalainsäädännön alaisuuteen. Kuntien välinen yhteistoiminta esimerkiksi kuntayhtymissä katsotaan kunnallisoikeuden näkökulmasta enemmän organisaatioratkaisuksi, jossa tehtävienhoidon vastuu siirretään yhtymälle kuin julkiseksi hankinnaksi. Onko EU:n taholta olemassa vaara liiallisesta jäsenvaltioiden organisaatioautonomiaan puuttumisesta? Tulisiko pohtia myös kysymystä, pitäisikö Euroopan kunnille luoda oikeussuojaa kuntayhteisöjen ja julkisten hankintojen välisissä rajanvetokysymyksissä? Näihin kysymyksiin saataneen vastausta poliittisen keskustelun ja vaikuttamisen kautta.²⁸⁹

²⁸⁵ Ks. esim. Myllymäki – Kalliokoski 2006 s. 162.

²⁸⁶ Asia C-480/06, EUVL, C 020, 27.01.2007 s. 9–11.

²⁸⁷ Em.

²⁸⁸ Ulkoasiainministeriö: Suomen hallituksen toiminta EY-tuomioistuinasioissa ja valvonta-asioissa 1.1.–30.6.200, <http://217.71.145.20/TRIPviewer/temp/TUNNISTE_E_81_2007_fi.html> (16.12.2007).

²⁸⁹ Ryytänen 2006 s. 40.

Liittyessään Euroopan unioniin Suomi ja muut jäsenmaat luopuivat suvereniteetistään eli itsemääräämisoikeudestaan alueilla, joilla toimivalta on annettu EY:lle. Se merkitsee sitä, että EY-lainsäädännöstä tuli kiinteä osa Suomen oikeusjärjestystä. Laaja-alaisesta EY-oikeuden käytöstä esimerkkinä ovat tämänkin työn kannalta merkittävät julkisia hankintoja koskevat direktiivit.²⁹⁰ Suomen liittyminen Euroopan unioniin kavensi kuntien itsehallintoa julkisten hankintojen osalta. Suomen perustuslakiin tehtiin EU:n -mentävä aukko, jonka rajat ovat ameebamaiset ja joista päättää viime kädessä EY-tuomioistuin tulkintoillaan.

Kumpaakaan hankintalakia (1992 ja 2007) ei asetettu perustuslakivaliokunnan arvioitavaksi. Valiokunnan olisi tullut arvioida, voidaanko kuntien pakottaminen laissa tarkoin säänneltyihin hankintamenettelyihin tehdä loukkaamatta kuntien perustuslaillista itsehallinto-oikeutta²⁹¹. Tähän menettelyyn voidaan ehkä hakea selitystä siitä, että Euroopan unionin liittymissopimus säädettiin jo perustuslainsäätämisyjärjestyksessä, ja koska hankintasäätely pohjautuu tähän sopimukseen – EY-direktiiveihin – vaihtoehtoja kansallisen lainsäädännön säätämisessä ei juuri ole. *Sallinen* tuo esille näkemyksen, joka tulee esille Kainuun hallintokokeilun myötä. Kunnan päätösvalan kuuluminen kunnan omille toimielimille ei ole itsetarkoitus ja se tulisi ottaa huomioon kunnallista itsehallintoa ja piirteitä arvioitaessa. Perimmäisenä tarkoituksena ovat kuntalaisille kuuluvat peruspalvelut,²⁹² jotka tulee turvata vaikeimmissakin olosuhteissa. Perustuslakivaliokunta on katsonut, ettei pakkojäsenyys ole kunnallisen itsehallinnon vastaista, jos järjestyllä saadaan merkittäviä säästöjä.²⁹³ Kunnallisen itsehallinnon perustuslailliseen suojaan kuuluu, ettei tavallisella lailla tehdä kunnallista itsehallintoa merkityksettömäksi. Kainuun hallintokokeilun tapauksessa tarkoitus horjuu, koska kokeilukuntien päätösvalta on muutettu lähes minimitasolle²⁹⁴. Miten hankintasäätely on nähtävissä kuntalain ja itsehallinnon näkökulmasta? Kuten Kainuun hallintokokeilussa, ei kunnilla ole hankintamenettelyjen suhteen juuri päätösvaltaa ja vallinnan mahdollisuutta, vaan hankinnat on tehtävä EY:n hankintadirektiiveistä johtuvan hankintasäätelyn mukaisesti.

Aikaisempien näkemysten mukaan kunnan hankintojen suuntaamien oman alueen tai paikkakunnan yrityksille on nähty elinkeinopoliittisena, alueen kehitystä tukevana toimenpiteenä. Tältä osin hankintasäätely rajoittaa kuntien mahdollisuutta elinkeinojen tukemiseen, koska laki velvoittaa kunnat kilpailuttamaan hankintansa, eivätkä alueen omat yritykset läheskään aina voita

²⁹⁰ Harjula – Prättälä 2004 s. 69–71.

²⁹¹ Ks. esim. Kalima 2001 s. 49.

²⁹² Näin Arajärvi luvussa 4.1.1.

²⁹³ Sallinen 2007 s. 111 – 112, PeVL 32/2001 vp, s. 2.

²⁹⁴ Sallinen 2007 s. 111.

tarjouskilpailua. On ilmeistä, että hankintasääntely on ristiriidassa aikaisempien elinkeinopoliittisten näkemysten kanssa. Ristiriitaa on myös siinä, että KuntaL 1.3 § velvoittaa kuntaa edistämään alueensa kehitystä. Toisaalta kunnat voivat tukea yrityksiä muilla keinoin, mikä tuntuu ristiriitaiselta. Suorien hankintojen muodossa tuki ei ole enää mahdollista.²⁹⁵

Inflaatiolla tarkoitetaan yleisemmin rahan arvon heikkenemistä ja ostovoiman alenemista. Käsitettä voisi käyttää myös kuvaamaan kunnallisen itsehallinnon sisällön kohdalla tapahtunutta muutosta. Keskustelu itsehallinnon merkityksestä ja sisällöstä oli vilkkaimmillaan ehkä 1960-luvulla, ja voitaneen katsoa, että itsehallinnon merkityksen huomioiminen on ollut huipussaan ennen Euroopan unioniin liittymistä vuonna 1995. Perustelen tätä edellä esitetyllä Euroopan unionin liittymissopimuksella. Liittyessään EU:n jäseneksi Suomi luovutti osan itsemääräämisoikeudestaan. Kuntien kohdalla se merkitsee myös EU-tasoisien lainsäädännön etusijaista huomioon ottamista kansalliseen lainsäädäntöön nähden. Suomella on rajalliset mahdollisuudet tuoda esille kansallisia ominaispiirteitä Euroopan unionin päätöksenteossa, mikä vaikeuttaa itsehallinnollisen näkemyksen huomioon ottamista lainsäädäntöhankkeissa.

4.1.2 Markkinaehtoistuminen

Pohjoismainen malli laajasta kuntien itsehallinnosta ja itsenäisestä palvelujen tuottamisesta on kohdannut vaikeuksia kuntayhteistyön ja hankintojen osalta hankintalainsäädännön taholta. Hyvinvointipalvelujen kilpailuttaminen on Suomessa varsin uusi ajatus. Muissa Euroopan maissa hyvinvointipalvelut etenkin terveydenhoidon alalla toteutetaan vakuutusmaksuperusteisesti. Euroopan yhdentymisen myötä joudumme ehkä muuttamaan käytäntöjämme totutusta poikkeavaksi. *Arvo Myllymäki* näkee verotuksen Euroopan laajuisen harmonisoinnin yhtenä uhkana kunnalliselle itsehallinnolle. Kun kuntien verotulot vähenevät, siirtyy palvelujen tuottaminen muille tahoille – lähinnä palveluiden käyttäjille pakollisten tai vapaaehtoisten vakuutusten kautta toteutettavaksi. Pohjoismainen verovaroilla rahoitettu sosiaaliturvamalli on vaakalaudalla.²⁹⁶

Eurooppalaistumiseen liittyvä muutos on hyvinvoinnin kaupallistuminen ja yksilöllistyminen. Kansalaisten hyvinvointioikeudet ja kuntien itsehallinto voivat joutua vastakkain. *Pentti Arajärvi* pitää tältä osin suuremmassa arvossa yksilön perusoikeuksia kuin kunnallista itsehallintoa.²⁹⁷ Aimo Rynnänen korostaa sitä, ettei kilpailuajatus saa olla ainoa eurooppalaisen politiikan johto-

²⁹⁵ Ks. Sallinen 2007 s. 261–262.

²⁹⁶ Valli 2005 s. 18–19.

²⁹⁷ Em. s. 18.

periaate perushyvinvointipalvelujen saatavuuden näkökulmasta katsottuna. Niiden tulee jatkosakin olla kansalaisten saatavilla yhdenvertaisesti.²⁹⁸ Pohjoismaisten hyvinvointipalveluiden säilyttämistä on pidetty tärkeänä Euroopan unionin perustus-lakivalmisteluissa. Suomi, Ruotsi ja Tanska asettivat julkisten hyvinvointipalveluiden takaamisen ennakkoehdoksi unionin perustuslakiluonnoksen hyväksymiselle. Lakiesityksessä sosiaalipolitiikka kuuluu jaettuun toimivaltaan.²⁹⁹

Suomalaiset hyvinvointipalvelut on tuotettu yksilön oikeuksia korostavista lähtökohdista. Suomessa ja muissa Pohjoismaissa kunnat huolehtivat julkisten yleishyödyllisten palvelujen järjestämisestä, jossa lähtökohtana ei ole voiton tuottaminen, vaan julkisella rahoituksella tapahtuva tasapuolinen palvelujen turvaaminen koko väestölle, asuinpaikasta ja varallisuudesta riippumatta. Yhteisvastuun periaatteen mukaisesti julkiset palvelut rahoitetaan Suomessa pääosin verovaroilla. Verorahoitteen liittyvä ajatus, että parempiosaiset kantavat riskiä heikompiosaisien puolesta. Tätä taustaa vastaan avoimen kilpailun periaatteiden soveltaminen kunnallisiin palveluihin ei tunnu luontevalta. Euroopan unionin jäsenmaiden kunnallisten palveluiden tuottamisessa on merkittäviä eroja. Kuntapainotteiset pohjoismaiset järjestelmät tahtovat jäädä ohjaustoimenpiteiden suunnittelussa yksityis- ja kilpailupainotteisempien järjestelmien varjoon.

4.2 Sidosyksikköhankinnat

4.2.1 Yleistä sidosyksikköhankinnoista

Vanhaa hankintalakia säädettäessä (1992) ei oltu tietoisia tai varmoja siitä, millaisia ongelmia kilpailuttamisvelvollisuus voi tuoda kuntien väliseen yhteistyöhön. Naapurimaassa Ruotsissa jo 1994 Bergdahl toi esille, että julkisten palvelujen yhteiskäyttö voi asettua ristiriitaan julkisia hankintoja säätelevien lain periaatteiden kanssa.³⁰⁰ Toisaalta yhteisösäännösten mukanaan tuomat ongelmat kunnallishallintoon tiedostettiin yleisellä tasolla jo paljon ennen kuin Suomi liittyi Euroopan unioniin. Eduskunnan laki- ja talousvaliokunta³⁰¹ on tuonut esille lausunnossaan huolen julkisten hankintojen avautumisen mukanaan tuomista velvoitteista kuntasektorille. Eri-

²⁹⁸ Ryyänen 2004 s. 64.

²⁹⁹ Myllymäki – Kalliokoski 2006 s. 163.

³⁰⁰ Bergdahl, teoksessa Valkama 2005 s. 39.

³⁰¹ Eduskunnan laki- ja talousvaliokunnan lausunto (valtioneuvoston selonteosta koskien Suomen suhtautumista Länsi-Euroopan yhdentymiskehitykseen) 2/1990.

tyisesti esille nousivat kuntasektorin resurssikysymykset kansainvälistymisen vaatiman lisätyön hoitamisessa.³⁰²

Merkittäväksi hankaluudeksi kuntien välisessä hankintasääntelyn piiriin kuuluvassa yhteistyössä näyttää muodostuneen sidosyksikköhankintoihin (in house) liittyvät kysymykset. Sidosyksikkökäsitettä voidaan jaotella ja tyypitellä eri yhteyksissä eri tavoin. Suppeassa merkityksessä on kysymys vain hankintayksikön oman oikeudellisen organisaation sisäisistä hankinnoista. Laajassa merkityksessä on kysymys myös oikeudellisesti erilliseltä yksiköltä tehdyt hankinnat. Vakiintuneemmaksi käsitteeksi näyttää muodostuneen EY-tuomioistuimen oikeuskäytännössä syntynyt oikeudellisesti erillisten ja itsenäisten yksiköiden välisten suorahankintojen poikkeusinstituutio, jonka mukaan hankinta voidaan tehdä kilpailuttamatta sidosyksikköhankintaehtojen täytyessä.³⁰³

Uudessa hankintalaissa on otettu huomioon EY:n tuomioistuimen tulkinta, jota ei ole säädelty hankintadirektiiveissä. Lähtökohtaisesti sidosyksikköhankinta täyttää hankinnan määritelmän, mutta yhteisön tuomioistuin on halunnut laajentaa suoraostomahdollisuutta erityisalojen hankintadirektiivin tapaan. Hankintayksikön ei tarvitse kilpailuttaa hankintoja omaan organisaatioon kuulumattomalta, muodollisesti itsenäiseltä yksiköltä, joka palvelee hankintayksikön omaa toimintaa ja on omistajansa määräysvallassa.³⁰⁴

Michael Steinicke on tutkinut EY-tuomioistuimen tulkintoja sidosyksikköhankintojen osalta ja on päätenyt yleissääntöön, jonka mukaan kunta voi tehdä kilpailuttamatta hankinnan oikeudellisesti erilliseltä yksiköltä, jos³⁰⁵ 1) hankintayksikkö³⁰⁶ (kunta) voi kontrolloida (valvoa) sidosyksikköä, kuten omia toimipaikkojaan, ja jos 2) sidosyksikkö harjoittaa suurta osaa toiminnastaan hankintayksikön kanssa. Teckal-tapaus näin ollen laajentaa sidosyksikkö-hankinnan käsitettä.³⁰⁷ Sidosyksikön kontrollivaatimus luo kysymyksiä valvonnan sisällöstä. Sidosyksikön valvontaan palataan myöhemmin tässä luvussa tarkemmin, samoin kuin ulkopuoliseen myyntiin.

Ongelmalliseksi on muodostunut kuntayhteistyön ja hankintalain tarkoittaman hankinnan erottaminen toisistaan. Ongelmakysymykseksi on muodostunut se, voiko kunta ostaa tai hankkia

³⁰² Rynnänen 2006 s. 37.

³⁰³ Kaarresalo 2007 s. 248.

³⁰⁴ Pekkala 2007 s. 103–104.

³⁰⁵ Valkama 2005 s. 35.

³⁰⁶ Tanskankielinen käännös käyttää termiä tilauksenantaja viranomainen, tässä vapaasti käännetty hankintayksiköksi.

³⁰⁷ Steinicke 2005 s. 151.

palveluja itsenäiseltä yhteisöltä suoraan vai pitääkö hankinta kilpailuttaa. Asiaan perehtyneet asiantuntijat ovat esittäneet erilaisia näkemyksiä asiasta. Suomen Kuntaliitto on edustanut sitä kantaa, etteivät kuntayhteistyöhön kuuluvat hankinnat toiselta kunnalta kuulu kilpailuttamisvelvollisuuden piiriin. Se on myös korostanut, ettei vanha hankintalaki antanut selkeää vastausta siihen, missä kulkee yhteistoiminnan ja hankintalain mukaisen palvelunhankinnan välinen raja³⁰⁸. Toisaalta Kuntaliitto on joutunut uuden lain myötä tarkistamaan kantaansa sidosyksikkö-hankintojen osalta. *Melin* ja *Paunio* ovat esittäneet jo vanhan hankintalain aikaan, että kunnan pitää kilpailuttaa hankinta, jos se aiotaan hankkia toiselta kunnalta.³⁰⁹

Pitemmän ajan on ollut vallalla käsitys, ettei kuntayhtymän perustaminen ja palvelujen tuotanto-oikeuden antaminen sille ole hankintalainsäädännön piiriin kuuluvaa toimintaa. Perusteluna on pidetty kuntalain antamaa määrämuotoista asemaa kuntien välisenä yhteistyöelimenä. EY-tuomioistuimen päätökset ovat kuitenkin laajentaneet hankintadirektiivien ja hankintalain kilpailuttamisvelvollisuutta kuntien ja kuntayhtymien ja niiden sidosyksiköiden välisiin palveluhankintoihin.

4.2.2 Oikeustapaukset lainsäädännön taustalla

Viitteitä palveluiden kilpailuttamiseen antavat Euroopan yhteisön tuomioistuimen antamat ratkaisut. Suomalainen kunta osti ambulanssipalveluita toiselta kunnalta. Markkinaoikeus ja korkein hallinto-oikeus ottivat kannan (KHO 2004:102), että hankinnassa olisi tullut käyttää hankintalain mukaista kilpailuttamisjärjestelmää.³¹⁰ Tämän suuntainen tulkinta asettaa kuntien välisen yhteistyön lähes kestävämpään tilanteeseen. Perusteena on käytetty tekniseltä rakenteeltaan Euroopan yhteisön tuomioistuimen Teckal-ratkaisua³¹¹. Kyseisessä tapauksessa on keskeistä ollut se, onko kysymys hankinnasta niin sanotulta sidosyksiköltä vai muusta hankinnasta.³¹² Uudeksi ongelmaksi onkin muodostunut, milloin kuntien välisessä palvelusopimuksessa on kyse

³⁰⁸ Suomen Kuntaliiton lausunto korkeimmalle hallinto-oikeudelle KHO 3226/2/03. 30.11.2004. lausunto on annettu vanhan hankintalain aikaan, <<http://www.kho.fi/paatokset/28967.htm>> (20.8.2007).

³⁰⁹ *Melin* – *Paunio* 2001 s. 151.

³¹⁰ Ks. myös *Ryynänen* 2005 s. 169–171.

³¹¹ Teckal-tapaus on avattu kohdassa 3.4.3. Teckal-tapaus koski tavarahankintoja. Tapauksen mukaan pääsääntö on se, että hankinnat on kilpailutettava aina silloin, kun hankintayksikkö aikoo tehdä "siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa rahallista vastiketta vastaan kirjallisen sopimuksen, jonka kohteena on tavarankilpailu, riippumatta siitä, onko tämä yksikkö itse hankintaviranomainen". Periaate soveltuu toki palveluhankintoihin ja rakennusurakoihinkin. Päätöksen perusteluosan 50-kohdassa lausutaan kuitenkin poikkeus, jonka mukaan ilman hankintamenettelyä voidaan tehdä hankintasopimus vain sellaisen yksikön kanssa, jota viranomaisen valvoo samalla tavoin kuin se valvoo omia toimipaikkojaan ja, joka harjoittaa pääosaa toiminnastaan sen omistavien viranomaisten kanssa.

³¹² *Ryynänen* 2005 s. 169–171.

ostopalvelusta ja milloin normaalista yhteistoimintasopimuksesta. Saksassa ja Itävallassa on sama aihe herättänyt laajaa keskustelua, mikä on hyvä merkki Euroopan laajuisen keskustelun avaamisesta etenkin niissä maissa, joissa kunnilla on keskeinen osa palveluiden tuottamisessa.³¹³

Korkein hallinto-oikeus antoi ennakkotapauspäätöksensä vuoden 2004 lopulla niin sanotussa Hangon tapauksessa. KHO:n mukaan Hangon kaupunki ei olisi saanut solmia ilman kilpailutusta sairaankuljetuspalvelujen yhteistyösopimusta Espoon kaupungin hallinnoiman Länsi-Uudenmaan pelastuslaitoksen kanssa. Hangon kaupungilla oli tarkoitus ostaa sairaankuljetuspalvelut Länsi-Uudenmaan pelastuslaitokselta. Hangon kaupunki kuuluu pelastuslain (468/2003) mukaiseen pelastustoimen yhteistoiminta-alueeseen nimeltään Länsi-Uudenmaan pelastuslaitos, jota hallinnoi Espoon kaupunki. Hangon kaupungin pelastustoimen henkilöstö siirtyi Espoon kaupungin palvelukseen pelastustoimen yhteistoimintasopimuksen nojalla. KHO:n mukaan kysymys on siitä, jääkö yhteistyösopimus hankintalainsäädännön ulkopuolelle siksi, että sairaankuljetuspalvelu tuotetaan sopimusjärjestelyllä toisen kunnan kanssa ja sopimus on kytketty lakisääteiseen pelastustoimen yhteistoimintajärjestelyyn.³¹⁴

Pelastuslain mukaiseen yhteistoimintavelvoitteeseen ei kuulu sairaankuljetustoimi, joten yhteistyösopimusta ei voida perustella lakisääteisellä pelastustoimen yhteistoimintasopimuksella. Sairaankuljetuspalvelun ostosopimuksessa on sovittu korvauksesta, joka suoritetaan Länsi-Uudenmaan pelastuslaitokselle palvelun tuottamisesta. Taloudellinen riski tai voitonmahdollisuus on palveluntuottajalla, joten tältä osin sopimusta voidaan pitää tavanomaisena hankintasopimuksena. Yhteistyösopimuksessa ei myöskään sovittu yhteisen toimielimen perustamisesta sairaankuljetustoiminannan hallintoa ja valvontaa varten. KHO katsoi, että Espoon kaupungin hallinnoima Länsi-Uudenmaan pelastuslaitos on sairaankuljetuksen osalta Hangon kaupungista erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö, jolta Hangon kaupunki ostaa rahallista vastiketta vastaa sairaankuljetuspalveluja. Tämä huomioon ottaen sopimus on tulkittu hankintalain alaiseksi julkiseksi hankinnaksi, joka olisi tullut kilpailuttaa.³¹⁵

Korkeimman hallinto-oikeuden päätöserusteluissa on erotettavissa yksittäisiä näkökohtia, joiden avulla tuomioistuimien on pohtinut yhteistyösopimuksen luonnetta. Kuntalain edellyttämä kuntien välinen yhteistyö, jota ei tarvitse kilpailuttaa, tulee olla konkreettista yhteistyötä. Pelkkä sopimuksen otsikointi yhteistyösopimukseksi ei tee vielä yhteistyöstä hankintalain edellyttämää

³¹³ Em.

³¹⁴ KHO:2004:102.

³¹⁵ Valkama 2005 s. 36–38, KHO 2004:102.

kuntien välistä yhteistyötä. Korkein hallinto-oikeus piti Hangon tapauksessa yhteistyösopimusta luonteeltaan kaupallisena hankintasopimuksena. Päätöksen perusteluista voidaan erottaa keskeiset elementit:

- 1) Kyseessä oli kuntien välinen vapaaehtoinen sopimus.
- 2) Sopimuksella syntyi taloudellisen voiton tai riskin mahdollisuus Länsi-Uudenmaan pelastuslaitokselle.
- 3) Sopimuspuolet eivät olleet sopineet sairaankuljetuspalveluiden yhteishallinnosta ja valvonnasta.
- 4) Muustakaan toiminnan hallinnon järjestämisestä ei ollut sovittu mitään.

Tämän ratkaisun perusteella voidaan päätellä, että jos kuntien välisessä yhteistyösopimuksessa on sovittu kunnan tuottavan palvelun toiselle kunnalle ja saavan siitä maksun, on kyseessä julkinen hankinta, joka tulee kilpailuttaa hankintalainsäädännön mukaan. Hangon oikeustapaus on merkittävä siksi, että siinä linjataan ensimmäistä kertaa yhtä aikaa kuntayhteistyötä sekä julkisen hankinnan määrittelyä ja rajanvetoa.³¹⁶

Kunnan palvelunhankintaa sidosyksiköltä käsitellään myös korkeimman hallinto-oikeuden ja markkinaoikeuden päätöksessä KHO:2006:61 (MAO:89/05). Valituksen aiheena oli Porvoon kaupungin ja Itä-Uudenmaan pelastuslaitoksen välinen yhteistoimintasopimus, jossa Porvoon kaupunki ostaa sairaankuljetuspalveluita Itä-Uudenmaan pelastuslaitokselta vuosikorvausta vastaan hälytysvalmiuden ylläpidosta. Valittaja on katsonut, että Porvoon kaupungin olisi pitänyt järjestää tarjouskilpailu sairaankuljetuspalveluiden järjestämisestä. Itä-Uudenmaan pelastuslaitoksen muodostavat kymmenen kaupunkia ja kuntaa Itä-Uudellamaalla. Pelastuslaitoksen hallintomallina on niin sanottu keskuskuntamalli, jossa pelastustoimen järjestää Porvoon kaupunki. Porvoon kaupunki on katsonut, että kyseessä ei ole hankintalain mukainen palvelunhankinta vaan omana työnä suoritettu toiminta. Alueellisen pelastustoimen hallinnosta vastaa Porvoon kaupunki, jonka ylläpitämä Itä-Uudenmaan pelastuslaitos vastaa pelastustoimilain 4 §:n mukaisen tehtävien hoitamisesta alueella. Lisäksi pelastuslaitos vastaa muun ohella terveydenhuoltoviranomaisten kanssa tehdyn sopimuksen perusteella sairaankuljetus-, ensihoito ja ensivastepalvelusta.³¹⁷

³¹⁶ Valkama 2005 s. 37–38, Ks. myös Mäkinen 2005 s. 200–202.

³¹⁷ KHO:2006:61, MAO:80/05 s. 1–6.

Todettakoon, että niin sanotun Hangon tapauksen yhteydessä KHO:n mukaan sairaankuljetuspalvelu ei ole kuitenkaan kuulunut pelastustoimen yhteistoimintajärjestelyyn. Porvoon kaupunginvaltuusto asettaa pelastuslaitoksen hallintoa valvomaan aluepelastuslautakunnan, joka toimii kaupunginhallituksen alaisena. Lautakunnassa on 11 jäsentä, joista kaksi on Porvoon kaupungilla, muilla sopimuskunnilla yksi. Pelastusjohtaja on virkasuhteessa Porvoon kaupunkiin. Pelastustoimenhenkilöstö on siirtynyt Porvoon kaupungin palvelukseen. Tarkasteltavana oleva tapaus poikkeaa Hangon tapauksesta siinä, että sairaankuljetuksen ja ensihoidon hoitamista koskevassa sopimuksessa palvelun tilaajana on kunta, joka samalla vastaa palveluntuottajana olevan pelastuslaitoksen ylläpitämisestä. Hallinnollisesti aluepelastuslautakunta on Porvoon kaupunginvaltuuston asettama ja toimii Porvoon kaupunginhallituksen alaisena. Hangon tapauksessa aluepelastuslaitoksen hallinnoista vastasi Espoon kaupunki ja Hanko oli vain yksi jäsenkunta. Markkinaoikeus katsoi, ettei Itä-Uudenmaan pelastuslaitosta ole pidettävä Porvoon kaupungista oikeudellisesti erillisenä henkilönä. Markkinaoikeus katsoi, ettei sopimusjärjestelyssä ole ollut kysymys hankintalain mukaisesta hankinnasta, vaan Porvoon kaupungin omana työnään suorittamasta sairaankuljetuksen ja ensihoidon järjestämisestä. Markkinaoikeus katsoi myös, ettei se ole toimivaltainen käsittelemään hakemusta, koska ei ole kyse hankintalain mukaisesta hankinnasta.³¹⁸ Porvoon Ambulanssipalvelu valitti markkinaoikeuden päätöksestä korkeimpaan hallinto-oikeuteen. Se vaati, että korkein hallinto-oikeus kumoo markkinaoikeuden valituksenalaisen päätöksen ja palauttaa asian uudelleen käsiteltäväksi markkinaoikeudessa. KHO ei muuttanut päätöstään ja markkinaoikeuden päätösisältö jäi voimaan.³¹⁹

Edellä käsitellyn kahden esimerkin avulla voidaan hahmottaa sitä lainsäädännön säätämisen tarvetta, joka vallitsi ennen uutta hankintalakia. Sidosyksikköhankinnan määritelmän oletetaan poistavan edellä mainittujen tapausten kaltaiset ongelmat kuntien välisestä yhteistyöstä. Vasta tulevaisuudessa voidaan arvioida, miten säädetty laki on tältä osin onnistunut. Edellä mainitut kotimaiset oikeustapaukset ovat merkittäviä suunnan näyttäjiä kotimaisen lainsäädännön kehittymiselle. EYTI:n tuomioistuinratkaisut vaikuttavat suomalaisten oikeusistuinten päätöksiin.

4.2.2 Oikeudellinen erillisuus ja päätöksenteon itsenäisyys

Teckal-tapauksessa merkittäviä arviointikriteereitä ovat olleet sidosyksikön valvonta ja toimiminen markkinoilla. Sidosyksikköhankinnan arvioinnissa on huomioitava lisäksi rahallinen

³¹⁸ MAO 80/05 s. 6–10 s.

³¹⁹ KHO:2006:61.

vastikkeellisuus hankinnassa sekä sidosyksikön erillisuus. Keskeiseksi tekijäksi sidosyksikkö-hankinnoissa näyttää nousevan sidosyksikön valvonta ja erillisyyden määrittäminen. Uuden hankintalain mukaan hankinnan voi tehdä ilman kilpailuttamista silloin, kun alueellinen tai paikallinen viranomais aikoo tehdä hankinnan siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa. Edellytyksenä on, että se valvoo sidosyksikköä samoin kuin omaa yksikköään.³²⁰

Sidosyksikön oikeudellinen erillisuus ja päätöksenteon itsenäisyyden arviointi ovat keskeisiä sidosyksikön määritelmää arvioitaessa. Kahden erillisen oikeushenkilön välillä ei ole mahdollista tehdä hankintoja kilpailuttamatta, mikäli valvonnan kriteeri ei täyty. Julkishallinnon oikeushenkilöllisyyden määrittämisessä on tarkasteltava oikeushenkilön tunnusmerkkien täyttymistä, kuten yleisen edun tarkoitusta, muuta kuin teollista tai kaupallista luonnetta sekä julkisyhteisön omistukseen, rahoitukseen tai valvontaan perustuvaa määräysvaltaa³²¹. Kunnat ovat itsenäisiä oikeushenkilöitä, jotka koostuvat kunnan päätösvaltaa käyttäviin toimielimiin alisteisessa asemassa olevista yksiköistä. Kuntien sisäiset toimeksiannot niiden organisaatioon kuuluvilta omilta yksiköiltä, kuten virastoilta, osastoilta, liikelaitoksilta tai muilta yksiköiltä eivät ole yleensä hankintalain tarkoittamia hankintasopimuksia, eivätkä ne siten kuulu kilpailuttamisvelvoitteen piiriin.³²²

Kunnallinen liikelaitos ei ole kunnan kannalta erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö, vaan kunnan organisaatioon eli samaan oikeushenkilöön kuuluva yksikkö. Näin ollen kunta voi tehdä hankintoja omalta liikelaitokselta kilpailuttamatta, vaikka liikelaitos toimitusmarkkinoilla ja harjoittaisi toimintaa myös muiden tahojen kanssa.³²³ Oikeudellisesti ja muodollisesti erillinen voidaan käsittää sidosyksikköhankintojen kohdalla synonyymimerkityksessä.

Kuntayhtymän perustaminen on yhteisöoikeudessa katsottu hallinnolliseksi uudelleenjärjestelyksi, jossa kuntayhtymä on valtuutettu käyttämään valtaa sitä omistavien kuntien puolesta siirretyn toimivallan perusteella. Komission näkemyksen mukaan kuntayhtymien lakisääteisten tehtävien hoitamisessa ei ole kysymys tehtävien siirrosta kunnan ulkopuolelle, paitsi tilanteissa, joissa toiminnan harjoittaminen ei ole palvelua ostavan kunnan valvottavissa.³²⁴ Kuntayhtymä on oikeudellisesti ja muodollisesti erillinen omistajakuntaansa nähden. Sidosyk-

³²⁰ HE 50/2006 vp, s. 16, Pekkala 2007 s. 107.

³²¹ Alkio – Wiik 2004 s. 816, ks. myös HE 50/2006 s. 61.

³²² Pekkala 2007 s. 108, Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 60.

³²³ Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 52.

³²⁴ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 60–61.

sikköhankinnan yhteydessä on otettava huomioon lisäksi ehdot tosiasiallisesta valvonnasta ja ulkopuolisesta myynnistä.³²⁵

Kuntalaki mahdollistaa liikelaitoskuntayhtymän perustamisen. Se on kuntien yhteinen liikelaitos, mutta on oikeudelliselta perustaltaan lähinnä kuntayhtymää. Se on oikeudellisesti ja muodollisesti erillinen yksikkö peruskuntaan nähden. Komissio ei ole ottanut kantaa liikelaitoskuntayhtymän luonteeseen. Liikelaitoskuntayhtymän perussopimuksessa tulee olla riittävät säännökset valvonnasta ja omistajien oikeudesta yhtymän päätöksentekoon. Myöskään liikelaitoskuntayhtymät eivät saa myydä palvelujaan muille kuin omistajilleen, jos niihin halutaan soveltaa sidosyksikkösääntelyä.³²⁶

Kuntien yhtiöt ovat muodollisesti omistajistaan erillisiä ja päätöksenteon kannalta itsenäisiä. Yhtiöiden sidosyksikön asemaa koskeva hankinta joudutaan arvioimaan valvontavaltaa ja toiminnan kohdistumista koskevien kriteerien perusteella. Valvontavaltaa arvioitaessa on otettava huomioon hankintayksikön edustus sidosyksikön päätöselimissä esimerkiksi yhtiökokouksessa ja hallituksessa. Osake-enemmistön omistaminen, äänenemmistö yhtiökokouksessa tai oikeus nimittää pääosa yhtiön hallituksesta ei välttämättä ole riittävä todiste hankintayksikön valvontavallasta. EY-tuomioistuimen Stad Halle-päätös³²⁷ osoittaa, ettei sidosyksikössä voi olla yksityistä omistusta. Tuomion mukaan yksityisen tahon vähemmistöosakkuus aiheuttaa sen, että enemmistöomistajana toimiva hankintayksikkö ei voi valvoa kyseistä yhtiötä kuten omia toimipaikkojaan. Tästä päätöksestä on nähtävissä, ettei kunnan pääosin omistama yhtiö, jossa on yksityinen osakas esimerkiksi 10 %:n omistajana ilman hallituspaikkaa, voi toimia sidosyksikkönä.³²⁸ Kuntien omistamat osakeyhtiöt toimivat osakeyhtiölain mukaan. Kuntalaki taas säätelee yhtiön toimintaa yhtiön hallinnon, edustajien vastuukysymysten sekä yhtiön toimialaan määrittävissä kysymyksissä. Osakeyhtiöt, jotka ovat kokonaan välittömästi kuntien omistuksessa voivat olla hankintalain 10 §:n mukaisia sidosyksikköjä, jolta kunta voi tehdä suoraostoja, mikäli yhtiö ei tarjoa palvelujaan yleisesti markkinoilla.³²⁹

Mitä päätöksenteon itsenäisyydellä käytännössä tarkoitetaan, ei ole tarkemmin määritelty hallituksen esityksessä uudeksi hankintalain 10 §:n mukaan lakia on sovellettava, elleivät sidosyksikön toiminnan kriteerit täyty. EY:n tuomioistuimen oikeuskäytännössä päätöksenteon itsenäisyyttä ei ole pidetty erillisenä kriteerinä, vaan sen kautta on pyritty arvioimaan

³²⁵ Pekkala 2007 s. 120.

³²⁶ Em.

³²⁷ Ks. myös Steinicke 2005 s. 154–156. Tapaus on avattu tarkemmin luvussa 2.2.4.

³²⁸ Kuusniemi-Laine – Takala 2007 s. 52 – 53.

³²⁹ Pekkala 2007 s. 121.

sidosyksikön valvontaa. Päätöksenteon itsenäisyyden arvioinnissa on kyse yksikön luonteesta laajemmin ja toisaalta hankintayksikön vaikutuksesta sopimuskumppanin päätöksentekoon. Oikeuskäytännössä on kiinnitetty huomiota päätöksenteon itsenäisyyden osalta esimerkiksi seuraaviin seikkoihin:

- voiko yritys itse määrätä tuotteista ja palveluista perittävän hinnan ja onko hinta asetettu siten, että sillä tavoitellaan yritykselle voittoa
- vastaako tuotteista ja palveluista perittävä hinta markkinoilla vallitsevaa hintatasoa
- voiko yrityksen omistajana oleva hankintayksikkö yksipuolisesti määrätä sopimuksen uudistamisesta ja sopimuskauden jatkumisesta
- osallistuuko tai vaikuttaako hankintayksikkö strategiseen päätöksentekoon ja tavoitteiden asettamiseen
- käyttääkö hankintayksikkö äänivaltaa vain vuosittaisessa yhtiökokouksessa?

Sidosyksikköpoikkeuksen soveltaminen edellyttää sitä, että oikeuskäytännön pohjalta kehitetyt päällekkäiset edellytykset täyttyvät.³³⁰

4.2.3 Sidosyksikön valvontavalta

Hankintayksikön valta vaikuttaa hankinnan toteuttajaan on tunnusomaista sidosyksikön toiminnalle, siltä puuttuvan itsenäisyyden vuoksi. Vastaava valvonnan edellytys on katsottu oikeuskäytännössä täyttyvän tilanteissa, joissa sidosyksikkö on hankintayksikön rajoittamattomassa määräysvallassa. Vastaavan valvonnan edellytyksen on katsottu täyttyvän tilanteessa, jossa hankintayksikkö käyttää tosiasiallista ja ehdotonta sidosyksikön toimintaan liittyvää päätös- ja valvontavaltaa. Oikeustapauksissa on tuotu esille lukuisia seikkoja, jotka osoittavat valvonnan olemassaoloa tai puhuvat sitä vastaan. Valvontaa osoittavien seikkojen osalta on selvää, että valvojan viranomaisen ja hankintaviranomaisen on oltava sama. Valvontaa koskevien kriteerien osalta on ongelmallista niiden epätarkkuus ja tulkinnanvaraisuus, mikä käy ilmi esimerkiksi Teckaltuomiosta. Tuomiossa viitataan valvonnan suhteeseen, johon liittyy valvojan taholta ehdoton määräys-, koordinointi- ja tarkkailuvalta, joka koskee valvojan osaksi omistaman yksikön tärkeimpiä hallintotoimia. Missään ei ole kuitenkaan määritelty, mitä ehdoton määräysvalta tarkoittaa.³³¹

³³⁰ Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 62–63.

³³¹ Em. s. 63–64.

Sidosyksikön voi omistaa yksi tai useampi hankintayksikkö, kuten jo aiemminkin on todettu. Valvonnan samankaltaisuutta (vrt. omien toimipaikkojen valvonta) on arvioitu niin sanotussa Carbotermo-tapauksessa.³³² Tässä tapauksessa yksi hankintayksiköistä oli mukana sidosyrityksessä väliyhtiöiden kautta. Kunta omisti välillisesti eli 99,98 %:sti omistamansa holdingyhtiön välityksellä osan rakennuspalveluja tarjoavasta yhtiöstä. Kuusi muuta kuntaa omisti loput 0,02 %. EY-tuomioistuin ei pitänyt välillistä omistusta riittävänä, koska hankintayksiköllä oli mahdollisuus käyttää omistajavaltaa vain holdingyhtiön muodossa ja vain hallintoneuvoston jäsenen ominaisuudessa. Tuomioistuin totesi, ettei kunta valvonut holdingyhtiön kautta palvelun tarjoajaa kuten omia toimipaikkojaan. Kunnalle ei ollut varattu erityistä määräys- tai äänivaltaa yhtiön hallintoelinten toimintavapauden rajoittamiseksi. Tuomion mukaan valvontavallan tuli ulottua kaikkiin yhtiön merkittäviin päätöksiin ja strategiaan linjauksiin, mitkä tekijät eivät tässä tapauksessa täyttyneet, eikä kyseessä ollut näin ollen sidosyksikkö.³³³

Useista tuomioistuinratkaisuista huolimatta on epäselvää, mitä valvonnalla tarkkaan ottaen tarkoitetaan ja miten usean viranomaisen yhdessä omistaman sidosyrityksen valvonta tulisi toteuttaa. Voidaanko esimerkiksi kahden kunnan yhdessä omistamalta yhtiöltä tehtävät suorat hankinnat sallia, jos yhtiö harjoittaa toimintaansa yksinomaan tai lähes yksinomaan sen omistamien viranomaisten kanssa? Osakeyhtiöiden valvonnan osalta noudatetaan yhteisön oikeuskäytäntöä, mikä merkitsee tapauskohtaista harkintaa ja arviointia Teckal-kriteerien täyttymisestä. Komissio on antanut lausunnon Suomen kuntayhteistyöstä, mutta siinä ei suoraan ole otettu kantaa yhtiömuotoiseen yhteistoimintaan³³⁴. Toisaalta yhtiö voidaan perustaa myös yhteishankintayksiköksi, jolloin suoraostot ovat mahdollisia. Kuntien kuntayhtymissä toteuttama valvonta täyttäneen tosiasiallisesti hankintalain (10 §) ja oikeuskäytännön edellytykset.³³⁵ Euroopan yhteisön tuomioistuimessa on keskeneräisenä useita ennakkoratkaisupyyntöjä ja kanneasioita, jotka koskevat sidosyksikkökysymystä. Tuomiot tulevat todennäköisesti selkeyttämään vallitsevaa oikeudentilaa.

Hallituksen esityksen mukaan valvonnan lähtökohtana on tosiasiallinen valta vaikuttaa kyseessä olevan yksikön toimintaan. Avoimeksi on jäänyt kysymys siitä, voiko vastaava valvontavaltaa koskevat edellytykset täytyä tilanteessa, jossa hankintayksikkö omistaa sidosyksikön osittain. Hallituksen esityksessä on tuotu esille myös se, ettei osake-äänienemmistö tai oikeus nimittää enemmistö hallintoelinten jäsenistä ole riittävä osoitus tosiasiallisesta valvonnan laajuudes-

³³² Ratkaisu C-340/04, Kok. 2006 s. I-4137.

³³³ Pekkala 2007 s. 110-111, ks. myös Nämnden för offentlig upphandling, Diarienummer 2006/0173-29 s. 34-36.

³³⁴ Pekkala 2007 s. 120.

³³⁵ Em. s. 121.

ta.³³⁶Valvonnan kriteerien täsmentäminen tulee olemaan yksi hankintalain jatkokehittämisen kohde.

4.2.4 Myynti ulkopuolisille

Yhtenä keskeisenä arvioinnin kohteena Teckal-kriteerien osalta on sidosyksikön pääasiallinen toiminta. Sidosyksikön toiminnan tulisi kohdistua niihin hankintayksikköihin, joiden määräysvallassa se on. Hankintalain sanamuoto poikkeaa Teckal-tapauksen yhteydessä käytetystä ilmaisusta, että toiminnan tulee kohdistua pääasiallisesti niihin hankintayksikköihin, joiden omistuksessa sidosyksikkö on. Hallituksen esityksessä ei ole tarkemmin määritelty määräysvallan tarkoitusta. Oikeuskäytännön mukaan edellytyksen katsotaan merkitsevän sitä, että sidosyksikön omistavalla hankintayksiköllä on lähes yksinoikeus sidosyksikön suorittamiin palveluihin, urakoihin tai tavarantuotantoon. Toiminnan voidaan katsoa kohdistuvan myös sellaisiin yksikköihin, jotka omistavat sidosyksikön omistajana toimivan yksikön. Omistamisen on näissäkin tapauksissa oltava sellaista, että määräysvallalle asetetut ehdot täyttyvät.³³⁷

Erityisalojen hankintalain (349/2007) mukaan riittää, että 80 % toiminnasta kohdistuu sidosyksikön omistajiin. Komissio on kuitenkin katsonut, että tämän alan liiketaloudellisen luonteen vuoksi säännös ei ole suoraan sovellettavissa viranomaisluonteisten yksikköjen toimintaan. Komissio katsoo, että ulkopuolinen myynti voisi olla lähinnä satunnaista, mieluummin lähempänä nollaa kuin 20:tä prosenttia.³³⁸

Uudessa EY-tuomioistuimen niin sanotussa Tragsa-tapauksessa³³⁹ on tuotu esille 10 %:in myyntimahdollisuus ulkopuoliselle taholle sidosyksikkömääritelmän kuitenkin täytyessä. Tuomiolauselman kohdassa 63 todetaan, että:

³³⁶ HE 50/2006 s. 62.

³³⁷ Eskola - Ruohoniemi 2007 s. 65, Pekkala 2007 s. 112.

³³⁸ Pekkala 2006 s. 112., Ks. myös Oksanen 2007 s.15.

³³⁹ Asia C- 295/05, 19.4.2007 kok. 2007 s. 00000, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) vastaan Transformación Agraria SA (Tragsa) ja Administración del Estado. Tragsa on valtionyhtiö, joka tuottaa keskeiset maaseudun kehittämiseen ja ympäristönsuojeluun liittyvät palvelut tämän lain säännösten mukaisesti. Autonomiset alueet voivat hankkia osuuksia Tragsan yhtiöpääomasta ostamalla osakkeita. 99 prosenttia Tragsan pääomasta on Espanjan valtionomistuksessa holding-yhtiön ja vakuusrahaston välityksellä ja yksi prosentti neljän itsehallintoalueen, joilla kullakin on yksi osake omistuksessa. Tragsan toimiala on laaja-alainen muun muassa metsätalouden, karjankasvatuksen, maaseudun ja luonnon- ja ympäristönsuojelun kehittäminen sekä Espanjan historiallisen perinteen suojelemiseen liittyvät tehtävät. Hallinnon omama toiminnallisena välineenä ja teknisenä yksikkönä Tragsa suorittaa yksinoikeudella itse tai tytäryhtiöidensä välityksellä työt, jotka valtionhallinto, itsehallintoalueet ja niiden alaiset julkiset elimet antavat sen suoritettaviksi yhtiön toimialaan kuuluvilla aloilla ja erityisesti työt, jotka ovat luonteeltaan kiireellisiä tai jotka on määrätty suoritettaviksi tietyn kiireelliseksi todetun tilanteen perusteella. Kansallisen

Tragsa harjoittaa keskimäärin yli 55 % toiminnastaan itsehallintoalueiden kanssa ja lähes 35 % Espanjan valtion kanssa. Tästä nähdään, että tämän yhtiön toiminnasta pääosa toteutuu niiden julkisyhteisöjen ja julkisten elimien kanssa, jotka sen omistavat.

Suorahankinnat, ilman kilpailutusta ovat mahdollisia siis oman hankintayksikön sisällä – sidossuhteessa tai jos selkeä sidossuhde ei täyty, tulee Teckal-tapauksen yhteydessä määriteltyjen tekijöiden täytyä määräysvallan (valvonnan) ja ulkopuolisen myynnin osalta. Edellä mainitussa tuomiossa arvioitiin niitä molempia. Carbotermo-tapauksen kohdalla arvioitiin myös liikevaihdon osuutta emoyhteisöön nähden ja siitäkin voidaan johtaa tulkinta, että sidosyksikön toiminta ei voi kohdistua merkittävästi muihin hankintayksiköihin. Muille kuin omistajille myytävien palvelujen osuus voi olla satunnaista ja liikevaihtoon nähden marginaalista, mikäli hankinnat aiotaan tehdä kilpailuttamatta.

Hankintalain valmisteluvaiheessa Kuntaliitto nosti esille kysymyksen sidosyksikön suoraostomahdollisuudesta emoyksiköltä.³⁴⁰ Hankintadirektiivissä ei ole säännöstä tältä osin. Erityisalojen hankintadirektiivissä ja -laissa vastaava säännös löytyy. Sidosyksikön valvonta emoyksiköön nähden ei toteudu, joten Teckal-kriteeri ei tältä osin täyty. Asiasta ei ole olemassa vielä oikeuskäytäntöä.³⁴¹

lainsäädännön perusteella Tragsalla on velvollisuus toteuttaa toimeksiannot, jotka valtionhallinto, itsehallintoalueet ja näiden alaisuudessa toimivat julkiset elimet osoittavat sille sen toimialalla eikä se voi itse vapaasti määrätä toimenpiteidensä hintoja.

Samalla alalla toimiva Asemfo kanteli Tragsan toiminnasta ja väitti Tragsan käyttävän väärin määräävää asemaansa metsätalouden urakoiden, palvelujen ja hankkeiden Espanjan markkinoilla, koska se ei noudata laissa 13/1995 säädetyjä hankintamenettelyjä. Kansallinen tuomioistuin katsoi, että Tragsan suorittamat toimeksiannot on katsottava hallinnon itsensä suorittamiksi ja että näin ollen kilpailuoikeuden säännösten rikkomisesta voisi olla kysymys ainoastaan siinä tapauksessa, että kyseinen yhtiö toimisi itsenäisesti. Kansallinen tuomioistuin saattoi asia edelleen EY-tuomioistuimen käsiteltäväksi ja se totesi, että ”on huomattava, että ellei Tragsalla ole minkäänlaista valtaa päättää siitä, suorittaako se kyseisten toimivaltaisten viranomaisten toimeksiannon, eikä siitä, mitä taksaa sovelletaan sen suorituksiin – mikä kansallisen tuomioistuimen on selvítettävä – sopimuksen olemassaoloa koskeva asia-omaisten direktiivien soveltamisedellytys ei täyty (C-295 /2005 tuomiratkaisun kohta 54).” Toisaalta EY-tuomioistuin tarkasteli myös Teckal-kriteerien täyttymistä Tragsan kohdalla ja totesi niiden täyttyvän.

³⁴⁰ Kuntaliiton lausunto Eduskunnan liikenne- ja viestintävaliokunnalle 757/90/2006, 29.5.2006, Antero Oksanen, Silja Siltala.

³⁴¹ Pekkala 2007 s. 118–119.

4.3 Yhteistyösopimukset

4.3.1 Hankinta- vai hallintosopimus

Kuntien välistä yhteistyötä voidaan lähestyä myös hallintosopimuskäsitteen kautta, koska hallinnon lainalaisuuden periaate koskee myös kunnallista toimintaa ja kunnan hallinnossa on otettava huomioon hallintolain säädökset. Hallintolain (434/2003) 3 §:n mukaan hallintosopimuksella tarkoitetaan sopimusta, joka koskee julkisen hallintotehtävän hoitamista tai sopimusta, joka liittyy julkisen vallan käyttöön. Hallintosopimuksen kohteena on pääosin julkisten palvelujen ja hallinnon sääntelyn toteuttaminen. Näitä sopimuksia koskevat eräin rajoituksin yleiset sopimus-oikeudelliset säännökset ja periaatteet.³⁴²

Hallituksen esityksessä hallintolaiksi ja laiksi hallintolainkäyttölain muuttamiseksi korostettiin, että säännökseen sisältyvää määritelmää ei ole tarkoitettu hallintosopimuksia koskevaksi yleismääritelmäksi, vaan se määrittää ainoastaan hallinnon soveltamisalaa. Toimivalta hallintosopimuksen tekemiseen tulee johtua muusta lainsäädännöstä. Koska hallintosopimus mielletään yhdeksi hallinnon tavoitteiden toteuttamisvälineeksi, on tärkeää, että sopimusmenettelyissä noudatetaan erityistä huomiota riittäviin oikeusturvajärjestelyihin ja hyvän hallinnon periaatteiden noudattamiseen.³⁴³

Kuntien välisessä yhteistyössä nousevat esille julkisia palveluja koskevat hallintosopimukset. Julkisten palvelujen toteuttamisesta voidaan sopia viranomaisten kanssa melko laajasti. Näiden sopimusten kautta viranomaisen huolehtii julkisen palvelun tuottamisesta osittain tai kokonaan sopimukseen perustuvien järjestelyin. Näistä yleisimpiä ovat ostopalvelut. Hallintoyksikkö voi ostaa palveluja toiselta palvelun tuottajalta tai myydä palvelujaan yksityiselle palveluyksikölle. Esimerkkinä mainittakoon kunnan mahdollisuus sopia sosiaali- ja terveydenhuoltopalvelujen järjestämisestä valtion, toisen kunnan, kuntayhtymän tai muun julkisen tai yksityisen palveluntuottajan kanssa. Kunta voi vastaavasti myydä palvelua sitä tarvitseville tahoille, kuten työterveyspalveluja yrityksille. Julkisia palveluja koskevat sopimukset perustuvat sopimuksen kohteena olevan alan lain säännöksiin. Tästä syystä kunnan ja yksityisen palveluntuottajan välistä ostopalvelusopimusta on oikeuskäytännössä luonnehdittu julkisoikeudelliseksi sopimukseksi.³⁴⁴

³⁴² Mäenpää 2003 s. 137.

³⁴³ HE 72/2002 vp, s. 50, ks. myös Mäkinen 2001 s. 48.

³⁴⁴ Mäenpää 2003 s. 136.

Julkisissa hankinnoissa hallintosopimuksen tekemistä edeltää yleensä hankintalain mukainen ja tarjouskilpailun voittajan valitseminen hankintalaissa säädetyin edellytyksin. Tarjouskilpailu ja hallintosopimus liittyvät läheisesti toisiinsa, vaikkakin kyseessä on kuitenkin kaksi erillistä ratkaisua. Näin asianosaisuus tarjouskilpailussa ei sinällään merkitse asianosaisuutta sopimusvaiheessa.³⁴⁵

Hankintalainsäädäntö koskee vain hankintasopimusten tekemistä, ei esimerkiksi sitä, tulisiko kunnan ulkoistaa palvelutuotantonsa. Muina kuin hankintasopimuksina tehdyt yksiköiden väliset yhteistyöjärjestelyt eivät kuulu hankintalain piiriin. Olennaista on tarkastella, onko toiminta yhteisesti järjestettyä ja julkisoikeudelliseen hallintosopimukseen perustuvaa järjestelyä vai pelkkää palvelun ostamista yksityisoikeudellisin sopimuksin muodon. On arvioitava sitä, onko kyseessä hankinta vai hallinnon järjestäminen. Toisaalta palvelun tuottajalla voi olla lakisääteinen yksinoikeus tehtävän hoitamiseen. Mikäli kumpikaan edellä mainituista ehdoista ei täyty ja kyseessä on kuitenkin hankintasopimus, on lain soveltamista arvioitava sidossuhteen kautta. Mikäli sidossuhdetta ei ole, on hankintasopimus kilpailutettava.³⁴⁶ KHO on käsitellyt ennakkotapausta kunnan jätehuollon järjestämisestä:

Kunta päätti järjestää jätehuoltonsa kunnan omana toimintana siten, että toiminnan järjestelyvastuu siirrettiin asianomaisen kunnan ja eräiden muiden kuntien yhdessä omistamalle osakeyhtiölle. Osakeyhtiö noudatti hankintalakia ja kilpailutti hankintansa. KHO katsoi, ettei jätehuollon järjestämistä koskeva päätös ollut julkisista hankinnoista annetussa laissa tarkoitettu hankinta.³⁴⁷

Tässä tapauksessa kyseessä oli yhteistyöjärjestely, jossa ei olisi tarvinnut tehdä kilpailuttamista. Huomiota on kiinnitetty järjestelyn todelliseen tarkoitukseen ja luonteeseen.

Kuntalaissa (10. luku) mainitut kuntien väliset yhteistyön muodot eivät pääsääntöisesti ole kilpailuttamisvelvoitteen alaisia, paitsi jos yhteistoiminta toteutetaan hankintasopimuksena. On kuitenkin osoittautunut ongelmalliseksi erottaa, milloin on kyseessä kuntien yhteistoiminta kuntien välisenä hallintosopimuksena tai kuntien välinen hankinta yksityisoikeudellisena hankintasopimuksena. Julkisoikeudellisen luonteen perusteluna on käytetty esimerkiksi sitä, että yhteistoiminnallisen sopimuksen sisällön arvioinnissa on käytetty yhdessä järjestämisen näkökulmaa eikä kaupallisuutta. Yhteistoiminnan tunnusmerkkejä ovat sopimuksen pitkäkestoisuus, kustannusten jakaminen ja yhteisvastuullisuus palveluista osallistuvien kuntien kesken ilman voiton

³⁴⁵ HE 72/2002 vp, s. 50.

³⁴⁶ Pekkala 2007 s. 114.

³⁴⁷ KHO 3.9.2002 T 2043.

tavoittelua. Mikäli järjestelyn tarkoituksena on siirtää vastuu palvelun tuottamisesta toiselle yksikölle eikä kyse ole pelkästä vastuusta palvelun järjestämisessä, on kyseessä todennäköisesti hallinnon uudelleenjärjestely. Asiasta puuttuu vielä selkeä tuomioistuimen tulkinta.³⁴⁸

Kunnallinen lakisääteinen tehtävä voidaan antaa kuntalain mukaan yhteistoiminnassa sopimuksen mukaan toisen kunnan viranhaltijan hoidettavaksi, joko toimivaltaa siirtämällä tai virkavastuulla hoidettavaksi. Teoreettisesti tarkastellen tällaiset sopimukset voitaisiin kilpailuttaa niiden kuntien kesken, joilla olisi tarjota kyseessä olevaa viranomaispalvelua. Tämä on kuitenkin varsin teoreettinen mahdollisuus, koska kunnat eivät harjoita elinkeinotoimintaa liikevoiton tavoittelemiseksi, vaan toiminnassa tavoitellaan lähinnä kustannussäästöjä. Talousvaliokunta on todennut, etteivät tällaiset virkavastuulla toteutetut yhteistyöjärjestelyt ole hankintoja³⁴⁹. Jos ostettava palvelu koskee esimerkiksi vain yhtä henkilöä, on arvioitava, onko kyseessä enemmän työsopimus kuin hankinta. Työsopimuksia ei tarvitse kilpailuttaa, ne kuuluvat hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle.³⁵⁰

Muita kuin viranomaistehtäviä koskeva yhteistoiminta on mahdollista toteuttaa yhteistyösopimuksin (KuntaL 76 §). Tehtävä voidaan antaa toisen kunnan hoidettavaksi yhden tai useamman kunnan puolesta julkisoikeudellisella sopimuksella. Sopimusjärjestelyssä voidaan sopia, että osan jäsenistä tehtävän hoitoa valvovaan kunnan lautakuntaan tai muuhun toimielimeen valitsevat asianosaiset muut kunnat. Tässä tapauksessa toteutuu Teckal-ehto ulkopuolisesta myynnistä, koska sopimuksen osapuolena olevat kunnat myyvät palveluja vain toisilleen. Sopimusjärjestelyjä on tarkasteltava myös Teckal-ehtojen täyttymisen osalta. Tulkinnanvaraista on, täyttääkö isäntäkuntamalliin perustuva järjestely valvonnalle asetetut ehdot.³⁵¹

Kunnat voivat harjoittaa yhteistoimintaa ilman yhteistä toimielintä edellä kuvatun sopimusperusteella. Tällainen sopimustoiminta kattaa yleensä tietyn hallinnon alan tai osan kuten palvelu- tai viranomaisyksikön tehtävät. Valvonta voi toteutua niin, että palvelujen suunnittelu, toteutus ja kustannus seuranta tapahtuvat vapaamuotoisesti yhteistoimintana. Tämän tyyppisen valvonnan arvioinnista ei ole yhteisön oikeuskäytäntöä. Koska kuntien välillä ei ole hankintalain 10 §:n mukaista valvontasuhdetta toisiinsa nähden, eivät Teckal-ehdot täyty aina-

³⁴⁸ Pekkala 2007 s. 115.

³⁴⁹ TaVM 26/2006 vp, s. 14..

³⁵⁰ Pekkala 2007 s. 116, HE 50/2006 vp, s. 59, Eskola – Ruohoniemi 2007 s. 114.

³⁵¹ Pekkala 2007 s. 84.

kaan tältä osin.³⁵² Palvelut, joita on saatavissa yleisiltä markkinoilta, tulee hankkia hankintalainsäädäntöä noudattaen, mikäli niitä ei tuoteta kunnan omana työnä. Tällaisia palveluja ovat esimerkiksi kirjanpito- ja palkanlaskentapalvelut, jätehuolto-, kiinteistönhuolto, siivous- ja sairaankuljetuspalvelut.³⁵³Toisaalta kunnan toimialaan liittyen on syytä nostaa esille hallinnon toissijaisuusperiaate, mikä merkitsee sitä, ettei kunnan pidä ottaa hoitaakseen tehtäviä, jotka kansalaiset tai niiden muodostamat yhteisöt hoitavat tehokkaammin kuin kunta. Toimialaratkaisujen kohdalla käytetään lähinnä hyväksyttävyyden ja asianmukaisuuden kriteereitä arvioitaessa toiminnan sopivuutta kunnan toimialaan.³⁵⁴

4.2.2 Yhteinen toimielin ja yhteistoiminta

Kuntalain (77 §) mukaan kunnat voivat sopia, että ne valitsevat osan jäsenistä palveluja tuottavan isäntäkunnan toimielimeen. Yhteinen toimielin voi olla lautakunta, johtokunta tai toimikunta. Yhteinen toimielin on yhden sopimuskunnan valtuuston ja hallituksen alainen. Toimielimen hallinnonalaan kuuluva palveluja tuottava yksikkö on yhden sopimuskunnan alainen tulosityksikkö tai liikelaitos. Yhteisen toimielimen alaan kuuluvat virat ovat myös isäntäkunnan hallintoon kuuluvia. Kunta ja palvelurakennemuutostukseen liittyvien yhteistoiminta-alueiden tehtävät voidaan antaa yhden kunnan hoidettavaksi, jolloin voidaan perustaa yhteinen toimielin alueen kuntien kesken. Isäntäkuntana toimiva kunta vastaa viime kädessä yhteisen toimielimen päätöksistä ja niiden täytäntöönpanosta.³⁵⁵

Isäntäkuntamallissa on yhteistyön osalta pohdittava, onko kyseessä toiminnan uudelleen järjestäminen (vrt. kuntayhtymä on katsottu hallinnon uudelleenjärjestelyksi) vai julkinen hankinta. Kunta- ja palvelurakennemuutostamista koskeva lainsäädäntö, kunta- ja hankintalaki sekä oikeuskäytäntö eivät anna tyhjentävää vastausta siihen, onko isäntäkuntamalli muuta kuin hankintaa. Jos kyseessä on hankinta, tulee kantaa ottaa siihen, miten valvonta tulee tässä mallissa järjestää, jotta se täyttää Teckal-kriteerin valvonnan osalta.³⁵⁶

Yhteistoiminta-aluetta muodostettaessa tulee selvittää voimassaolevat hankintasopimukset kuntittain. Erityisesti tulee selvittää optio- ja irtisanomisehdot. Kuntien hankintasopimukset voivat olla hyvin erilaisia. Sopimukset voivat päättyä eri aikaan, sopimuksen kohde voi olla jaettu eri-

³⁵² Em. s. 116.

³⁵³ Esim. Pekkala 2007 s. 125.

³⁵⁴ Harjula – Prättälä 2004 s. 105.

³⁵⁵ Pekkala 2007 s.117.

³⁵⁶ Em., Suomen Kuntaliiton muistio 5.12.2007 s. 3-4,

<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;161;120419;120423;120802;131621> (1.1.08).

lasiin kokonaisuuksiin eri kunnissa, toinen kunta tuottaa omana palveluna ja toinen ostaa palvelun tai sopimusehdot poikkeavat toisistaan. Edellä muutama esimerkki eteen tulevista asioista uutta yhteistoiminta-aluetta muodostettaessa.³⁵⁷

Käytännössä tulee tilanteita, joissa voimassaolevaa sopimuksen muuttamista tai irtisanomista joudutaan harkitsemaan. Tällainen tilanne voi tulla eteen esimerkiksi alueen yhteiseen tietojärjestelmään siirryttäessä. Alueen kunnilla voi olla eri järjestelmiä käytössään ja yhteistoimintasopimukseen on kirjattu siirtyminen yhteen järjestelmään. Käytännössä se voi merkitä sopimuksen purkamista tai muuttamista. Sopimuksen muuttaminen on mahdollista, mikäli muutokset eivät ole merkittäviä alkuperäisen sopimuksen luonteeseen ja laajuuteen nähden³⁵⁸.

Toistaiseksi voimassaoleva sopimus päättyy sovittua irtisanomisaikaa noudattaen. Määräaikainen sopimus päättyy sopimuskauden lopussa tai kesken sopimuskauden sopimusrikkomuksen jälkeen. Sopimuksen purkaminen on sopimusrikkomukseen liittyvä sopimuskumppanin oikeuskeino. Sopimuksen irtisanominen on taas tapa lakkauttaa sopimussuhde, kun sen jatkuminen ei ole enää tarkoituksenmukaista. Sopimuksen päättämisestä ennen aikaisesti saattaa syntyä osapuolille vahingonkorvausvelvollisuus. Pääsääntöisesti hankinnat tehdään voimassaolevien sopimusten mukaan hankintakauden loppuun asti. Sopimukset siirretään lähtökohtaisesti yhteistoiminta-alueen vastattavaksi sellaisenaan, mikäli sopimuspuoli siihen suostuu. Kunta- ja palvelurakenteen muuttuminen ei sinänsä ole peruste muuttaa hankintasopimuksia koko toiminta-aluetta kattavaksi. Toisaalta toiminnan tehostamiseksi hankintojen keskittäminen on tarpeellista. Hankintasopimuksen laajentaminen uusille alueille tai palveluille voidaan tulkita hankintalainsäädännön perusteella uudeksi hankinnaksi. Yhteistoiminnassa on syytä arvioida hankintalain suoran hankinnan, lisätilauksen, option tai yhteishankintayksikön käyttömahdollisuutta.³⁵⁹

Euroopan yhteisöjen tuomioistuimen oikeuskäytännössä on katsottu hankintaviranomaisten välisten hankintasopimusten kuuluvan hankintalainsäädännön piiriin. Toisaalta ratkaisuissa ei ole tehty eroa hankintalainsäädännön ulkopuolelle kuuluvan hankintaviranomaisten hallinnolliseen yhteistyöhön. Yhteisölainsäädännössä tai oikeus-käytännössä ei ole ratkaistu mahdollisuutta

³⁵⁷ Suomen Kuntaliiton muistio 5.12.2007,

<http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;161;120419;120423;120802;131621> (1.1.08).

³⁵⁸ Em. s. 5.

³⁵⁹ Em. s. 2-5.

hankintojen tekemiseen usean kunnan omana työnä. Omana työnä teettämistä ei ole katsottu kuuluvaksi hankintalainsäädännön piiriin.³⁶⁰

Hankintalain eduskuntakäsittelyn yhteydessä esitettiin, että sidosyksikköhankintaa vastaavaksi menettelyksi hyväksyttäisiin kahden kunnan välinen sopimusperusteinen yhteistyö, jossa ei ole tavoitteena liikevoiton tuottaminen. Kustannukset jaettaisiin aiheuttamisperiaatteen mukaan ja palvelusta maksetaan vain todellisten kustannusten mukaisesti. Ei ole kuitenkaan täyttä varmuutta, riittäisikö ”omakustanteisuus hinnoitteluperiaatteena” perusteluksi suorahankinnalle kahden kunnan välisessä toiminnassa. Perusteltua on nostaa kysymys esille, koska myös kustannusten määrittely perustuu sopimukseen. Kustannusten yhteisvastuullisuutta on pidetty ”yhdessä järjestämisen” keskeisenä tekijänä³⁶¹. Oikeuskäytännössä ei ole arvioitu sitä, mikä merkitys tuotettujen palveluiden ”omakustannehinnoittelulla” on hankintasäätelyn näkökulmasta. Hankinnan määritelmä hankintalain mukaan perustuu taloudelliseen vastikkeellisuuteen, mutta esimerkiksi Teckal-tapauksessa ja sen tulkinnoissa ei ole arvioitu kuin sidosyksikön valvontaa ja myyntiä ulkopuolisille. Ei ole arvioitu, onko palvelusta maksettavan korvauksen suuruudella merkitystä sidossuhteen arvioinnissa. Epäselväksi on jäänyt, voidaanko omakustannushintaan myytävä palvelu rinnastaa sidosyksikköhankintaan ja voisiko omakustannusperusteinen kustannusvastuu olla jatkossa tekijä, jolla voidaan perustella yhteistyötä kuntien välisissä palveluhankinnoissa.³⁶²

Kuntien välisen yhteistyön kannalta on ongelmallista, ettei hankintalakiin otettu selviä ohjeita siitä, milloin on kysymys kuntayhteistyöstä ja milloin hankinnasta. Muutamista esille nostamista yhteistyön muodoista tai yhteistyön kriteerien osatekijöistä ei ole komission tai EY-tuomioistuimen kantaa olemassa, joten niitä on tarkasteltava nykyisten lainsäädännön, oikeustapausten ja oikeuskirjallisuuden pohjalta. Selventäviä oikeusohjeita saataneen vasta kotimaisen tai EY-tuomioistuimen ratkaisujen myötä. Vaikka tietyt kuntien väliset toimintamuodot ovat saaneet olla rauhassa ja ilman valituksia, on kuntien kuitenkin syytä tarkastella toimintojaan entistä tarkemmin, koska vaikuttaa siltä, ettei sääntely hankintojen osalta ole lievenemässä.

³⁶⁰ HE 50/2006 vp, s. 16.

³⁶¹ Valkama 2005 s. 54.

³⁶² Pekkala 2007 s. 117–118.

5 LOPPUPÄÄTELMIÄ

5.1. Laajempi tarkastelu

Kunnallisella itsehallinnolla ja julkisten palvelujen järjestämisvastuulla kunnille on annettu merkittävä osa yhteiskunnassamme. Tällä järjestelmällä on haluttu luoda palvelujen riittävä ja tasapuolinen saatavuus koko maassa. Verorahoitus, tasa-arvo ja kaikille tarkoitetut palvelut luonnehtivat tätä toimintaa. Julkinen palvelutoiminta on maassamme järjestetty esisijaisesti kansalaisia eikä avoimia markkinoita varten, mitä ei viimeaikaisessa keskustelussa ole tuotu riittävästi esille. Hyvinvointijärjestelmämme on saatettu voimaan poliittisella yksimielisyydellä.³⁶³ Edellä mainitut seikat on tuotava esille entistä voimakkaammin suhteissa Euroopan unionin lainsäädäntöön.

Suomen liittyminen Euroopan unioniin kavensi kuntien itsehallintoa julkisten hankintojen osalta. Euroopan unionin ja kansallisten lainsäätäjien tulisi lakia säätäessään ottaa paremmin huomioon kuntien itsehallinnollinen asema. Niin ikään omassa lainsäädännössämme tulisi pohtia sitä, laaditaanko oma hankintalainsäädäntömme tiukemmaksi kuin direktiivit edellyttävät. Merkittävä keino hankintayhteistyön ongelmien vähentämiseen olisi lainsäädännön yhteensovittaminen Euroopan unionin ja kansallisen kuntien toimintaa normittavan sääntelyn välillä. Nykyisessä sääntelytilanteessa kuntalain mahdollistamat yhteistyömuodot eivät takaa kunnille ongelmattonta yhteistoimintaa hankinnoissa.

Pakkokilpailuttaminen palveluiden osalta merkitsisi sitä, että kunnat joutuisivat kilpailuttamaan omat toimintansa käynnistämiset ja laajentamiset. Mikäli kuntapalvelut vaadittaisiin kilpailutettavaksi, merkitsisi se puuttumista kunnan toimialaan ja valtuuston toimivaltaan. Pakkokilpailuttaminen olisi samalla perustuslain vastaista kuntien itsehallinnollisen aseman näkökulmasta tarkasteltuna. Varsin teoreettisena mahdollisuutena on mainittu jopa kunnan viranomaistehtävien kilpailuttaminen. Kilpailuun osallistuisivat kunnat, joilla on mahdollisuus tarjota tällaista tehtävää. Asiaa on tarkasteltu toistaiseksi vain teoriatasolla.³⁶⁴ Kilpailuttamispakko (lievempänäkin, kuin edellä esitetty teoreettinen näkemys) ja markkinoiden ehdoilla toimiminen eivät sovellu luontevasti kunnalliseen palvelutuotantoon. Oikeustapausten ja nykyisen hankintalain-

³⁶³ Oksanen 2002 s. 72–73.

³⁶⁴ Myllymäki ja Kalliokoski tuovat myös näkemyksen esille (Myllymäki – Kalliokoski 2006 s. 162), samoin Pekkala mainitsee viranomaistehtävien kilpailuttamisen teoreettisena mahdollisuutena (Pekkala 2007 s. 116).

säädännön pohjalta tosin näyttää siltä, että näidenkin seikkojen kanssa kunnissa on tulevaisuudessa kyettävä elämään. Paluuta entiseen toimintaan ei ole, jos halutaan toimia lain mukaisesti.

Valtio on viime aikoina nostanut esiin palveluiden tehokkuuden. Kunnat ovat tehostaneet yhteistoimintaansa ja kohdanneet vaikeuksia hankintasääntelyn taholta. Hankintalain uudistamisesta huolimatta kuntien sidosyksikköhankintoihin kohdistuvassa sääntelyssä on edelleen täsmentämistä. Erityyppisten hankintayksikköjen välisiin hankintoihin tulisi luoda selvät säännöt, koska oikeustapauksissa on nähtävissä, että kunnat eivät ole selvillä nykyisen hankintalainsäädännön vaatimuksista - etenkin hankinnan ja yhteistyön erottamisen osalta. Hankintaosaamisen lisääminen kuntasektorilla on merkittävä kehittämisen kohde.

Kuntien välisessä yhteistyössä on palvelujen yhteiskäytössä tai hankinnassa otettava huomioon hämmentävän monia seikkoja. Enää ei ole selvää, että kunnat voivat solmia yhteistyösopimuksia ilman, että jokin kolmas taho valittaisi asiasta. Kuntien välinen sopimusjärjestely voi olla oikeuskäytännön mukaan, tapauskohtaisesti, hankintalain tarkoittama hankinta tai kilpailuttamisen ulkopuolelle jäävä yhteistoimintajärjestely. On pohdittava hankintojen luonnetta. Erityisesti on kiinnitettävä huomiota sidosyksikön taloudelliseen luonteeseen ja yhteistyön hallinnon järjestämiseen. Selkeästi hankintalain kilpailuttamisvelvollisuuden ulkopuolelle on rajattavissa palveluhankinnat, joissa käytetään julkista valtaa. Niitä ei voida ostaa kuntaorganisaation ulkopuolelta³⁶⁵. Pääsääntöisesti myös palvelu, josta ei ole tarjontaa yksityissektorilla, voidaan hankkia suoraan toiselta kunnalta. Kotimaisen kynnsarvon alittaviin hankintoihin ei sovelleta hankintalakia, vaan kunnat toimivat omien hankintaohjeidensa mukaan, mikä antaa jonkin verran helpotusta pienten hankintojen osalta aikaisempaan lakiin verrattuna. Näissä hankinnoissa on kuitenkin otettava huomioon EU:n perustamissopimuksen oikeus- ja hyvänhallinnonperiaatteet.

5.2. Yksityiskohtainen tarkastelu – sidosyksikön määrittelyä

Yhteenvedona tämän työn pohjalta voidaan nostaa esille muutamia huomionarvoisia reunaehtoja sidosyksikköhankintojen tekemiselle ilman hankintalain mukaista hankintamenettelyä. Sidosyksikkömäärittelmän on täytyttävä, jos hankintayksikkö aikoo tehdä hankinnan siitä muodollisesti erillisen ja päätöksenteon kannalta itsenäisen yksikön kanssa. Edellytyksenä on lisäksi, että hankintayksikkö valvoo sidosyksikköä kuin omaa yksikköään. Erillisyyden

³⁶⁵ Ks. esim. Suomen Kuntaliitto, muistio 5.12.2007, Juha Myllymäki, <http://www.kunnat.net/k_perussivu.asp?path=1;161;120419;120423;120802;131621> (1.1.2008).

tunnusmerkkien täyttymisen osalta voidaan tarkastella oikeushenkilön tunnusmerkkien toteutumista, kuten yleisen edun tarkoitusta, muuta kuin teollista tai kaupallista luonnetta sekä julkisyhteisön omistukseen, rahoitukseen tai valvontaa perustuvaa määräysvaltaa.³⁶⁶

Hankintayksikön ja sidosyksikön olisi järjestettävä yhteinen hallinto valvomaan toimintaa esimerkiksi yhteisen toimielimen avulla. Valvonnan tulee olla tosiasiallista ja ehdotonta sidosyksikön toimintaan liittyvää päätös- ja valvontavaltaa. Valvonnan osalta ei lainsäädännössä ole selkeästi säädetty, mitä ehdottomalla valvonnalla viimekädessä tarkoitetaan. Avoimeksi on jäänyt esimerkiksi kysymys siitä, voivatko vastaavat valvontavaltaa koskevat edellytykset täytyä tilanteessa, jossa hankintayksikkö omistaa sidosyksikön osittain. Erityisesti kuntien omistamien yhtiöiden sidosyksikkömääritelmään tarvittaisiin täsmentämistä (tilanteessa, jossa yhtiön omistaa useampi kunta erilaisilla prosentiosuuksilla) riittävän valvontavallan osalta. Täsmällisempi sääntely helpottaisi kuntien toimintaa. Nykyinen tapauskohtainen harkinta sidosyksikön määrittelyssä vaikuttaa epävarmalta.

Teckal-kriteerien osalta sidosyksikön toiminnan tarkastelu on tärkeää. Oikeuskäytännön mukaan sidosyksikön toiminnan tulisi kohdistua niihin hankintayksiköihin, joiden määräysvallassa tai omistuksessa se on. Laissa ei ole määritelty tarkasti sitä, paljonko ulkopuolisen myynnin osuus voi olla. Oikeuskäytännön perusteella se lienee 0-20 prosentin välillä³⁶⁷. Tästäkään kriteeristä ei ole tarkkaa sääntelyä. Lain 10 §:n sanamuoto - ”harjoittaa pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.” Hankintalaissa ei ole säädetty ulkopuolisen myynnin osuutta tämän tarkemmin. Viitteet hyväksyttävään ulkopuolisen myynnin osuuteen on saatu oikeuskäytännön kautta.

Pitemmän ajan on ollut käsitys, että kuntayhtymän perustaminen ja palvelujen tuotanto-oikeuden antaminen sille ei ole hankintalainsäädännön piiriin kuuluvaa toimintaa. Perusteluna on pidetty kuntalain antamaa määrämuotoista asemaa kuntien välisenä yhteistyöelimenä. EY-tuomioistuimen päätökset ovat kuitenkin laajentaneet hankintadirektiivien ja hankintalain kilpailuttamisvelvollisuutta kuntien ja kuntayhtymien ja niiden sidosyksiköiden välisiin palveluhankintoihin. Etenkin kuntayhtymien lakisäateisten tehtävien osalta ei ole kysymys toimintojen siirtämisestä kunnan ulkopuolelle vaan toiminnan uudelleen organisoinnista. Valvonnan kriteeri täyttäneen hankintalain ja oikeuskäytännön edellytyksen. Sidosyksikkötarkastelussa on otettava

³⁶⁶ HE 50/2006 vp, s. 61.

³⁶⁷ Esim. Pekkala 2007 s. 112, Tragsa (Asia C- 295/05) tapauksessa myynti ulkopuoliselle on 10 %.

huomioon myös ehdot ulkopuolisesta myynnistä.³⁶⁸ Kuntayhtymä on kuitenkin edelleen vahva yhteistyön muoto kuntien välillä, silloin kun kyseessä on yhtymäsopimuksessa sovittu toiminta.

Liikelaitokset ovat kuntalain alaisia erillisiä yksiköitä, jotka eivät ole itsenäisiä oikeussubjekteja. Liikelaitokselle on ominaista, että se kattaa kulunsa maksutuloilla, sen investoinnit katetaan pitkällä aikavälillä tulorahoituksella ja sille laaditaan oma tuloslaskelma sekä tase. Liikelaitoksen toimintaa säätelevät kuntalaki ja kunnanvaltuuston vahvistama johtosääntö. Kunta on käytännössä vastuussa liikelaitoksen sitoumuksista. Liikelaitos kuuluu kunnan organisaatioon eikä ole kunnasta erillinen oikeushenkilö eikä itsenäinen kirjanpitovelvollinen.³⁶⁹

Yhteistyön näkökulmasta liikelaitos voi kuulua kuntayhtymään tai yhden kunnan organisaatioon, joka toimii juridisena oikeushenkilönä. Kun liikelaitos kuuluu seudun yhden kunnan organisaatioon, kunnanvaltuustot hyväksyvät sopimuksen, jossa määritellään, kuinka liikelaitos yhteistä tehtävää hoitaa. Kunnat voivat asettaa liikelaitokselle yhteisiä tavoitteita yhtäpitävin päätöksin tai määrittellä haluamansa palvelun tilaaja–tuottaja-mallin mukaisesti sopimuksilla. Kuntayhtymässä liikelaitoksen toimintaa ohjaavat perussopimuksen mukaiset yhtymän omat toimitukset, joiden jäsenistö koostuu seudun kuntien valitsemista edustajista.³⁷⁰ Valvonnan osalta liikelaitokseen voidaan soveltaa kuntalain 77 §:n säännöstä yhteisestä toimielimestä, johon yhteistyökunnat voivat nimetä osan jäsenistä.³⁷¹ Liikelaitos on erillinen yksikkö niiden kuntien näkökulmasta, joiden organisaatioon se ei kuulu, mutta sidosyksikön määritelmä täyttynee sen vaatimien kriteerien osalta.

Osakeyhtiöt voivat olla peruskuntaan nähden sidosyksiköitä, joihin sovelletaan sidosyksikkömääritelmää arvioitaessa hankintamenetelmän sallittavuutta. Sidosyksikkömääritelmän täyttyessä voidaan tehdä suorahankinta ilman hankintasääntelyn mukaista kilpailuttamista. Mikäli sidosyksikön kriteerit eivät täyty, on hankinta kilpailutettava.

Hankintalainsäädännön uudistamisen tarkoituksena oli yksinkertaistaa, selkeyttää ja joustavoittaa hankintalainsäädäntöä, mutta kaikkiin tavoitteisiin ei kuntanäkökulmasta kuitenkaan päästy. Sidosyksikköhankintakäsitteen lisääminen hankintalakiin toi osittain selkeyttä eri yksikköjen välisiin hankintoihin, mutta avasi samalla uusia kysymyksiä, joihin tulevaisuudessa saataneen täsmennystä uuden ja vireillä olevan oikeuskäytännön kautta.

³⁶⁸ Pekkala 2007 s. 120.

³⁶⁹ Harjula – Prättälä 2004 s. 178–179, Majonen – Mäki – Tammi 2004 s. 126, Laamanen (toim.) 2005 s. 41.

³⁷⁰ Laamanen (toim.) 2005 s. 41, Majonen – Mäki – Tammi 2004 s. 126.

³⁷¹ Laamanen (toim.) 2005 s. 41.

5.3. Yhteistyössä huomioitavia näkökohtia

Mikäli kunnat haluavat toteuttaa keskinäistä palveluyhteistyötä suoraan kuntayhteistyönä ilman hankintalainsäädännön edellyttämää kilpailuttamismenettelyä, on yhteistyön osalta selvitettävä ja toteutettava tietyt toimintaedellytykset, jos sen halutaan täyttävän hankintasääntelyn mukaiset vaatimukset. Näitä vaatimuksia voidaan pitää myös yhteistyösopimusten reunaehtoina.

Kuntien välisessä yhteistyössä on kiinnitettävä huomiota yhteistyön luonteeseen kokonaisuutena. Onko yhteistyöllä vakiintunut, pitkäaikainen ja selkeästi määritelty järjestelypohja, joka ei kuitenkaan ole yksityisoikeudelliseen sopimusasiakirjaan verrattava sopimus. On tarkasteltava järjestelyn tarkoitusta pidemmällä aikavälillä. Onko kysymyksessä toimintojen yhdistäminen tai muu resurssien tehokkuutta lisäävä järjestely? Mikäli järjestelyssä on siirretty tosiasiallista toimivaltaa toteuttavalle yksikölle, on kyseessä enemmän yhteistyö- kuin hankintasopimus.³⁷²

Yhteistyön tulee olla luonteeltaan aitoa, mikä merkitsee tosiasiallista yhdessä toimimista. Yhteistyötä vahvistavat yhteiset viranhaltijat, vuorovaikutteinen yhteistyö ja yhteinen omaisuus.

Yhteistyö vaikuttaa uskottavammalta, jos käytetään useimpia osatekijöitä yhteistyön perusteluina. Yhteistoimintaan osallistuvat kunnat voivat perustaa esimerkiksi yhteisiä virkoja. Vuorovaikutteisuus voisi merkitä tehtävien tarjoamista vastavuoroisuus-periaatteella yhteistyöorganisaatiolle. Kunnat voivat hankkia omaisuutta yhteiseen käyttöön esimerkiksi yhteisillä kone- ja laitehankinnoilla. Kuten sidosyksikköhankintojen kohdalla, tulee yhteistyössäkin järjestää yhteinen hallinto, jonka kautta toimintaa valvotaan esimerkiksi yhteisen toimielimen kautta. Joko niin, että ostava kunta voi nimittää edustajansa myyvän kunnan toimintaa valvovaan hallintoelimeen tai perustetaan yhteinen valvontaelin, johon yhteistyöhön osallistuvat kunnat nimeävät edustajansa. Talouden osalta tulee varmistaa, ettei voiton ja riskin mahdollisuutta synny. Tämä tapahtuu lähinnä omakustannusperiaatetta noudattamalla. Kulut jaetaan osallistujien kesken todellisten kustannusten mukaan. Nämä kaikki edistävät yhteistyötä ja saavat yhteistyösopimuksille tarvittavaa perusteluja ja syvyyttä.³⁷³

Hallinnollisen yhteistyön organisoinnissa olisi hyvä ristiriitatilanteiden välttämiseksi arvioida myös muuta tarjontaa. Jos lähialueilla on tarjolla kyseistä palvelua jo riittävästi esimerkiksi yksityisellä sektorilla, niin on harkittava, miksi palvelua ei haluta ostaa markkinoilta. Ennen palvelun hankintaa tulee selvittää myös toisen kunnan tarjoaman palvelun kilpailukyky. Jos kunnan

³⁷² Ks. esim. Pekkala 2007 s. 124.

³⁷³ Ks. myös Valkama 2005 s. 53–54.

tarjoama palvelu on kilpailukykyisempää yksityiseen tarjontaan nähden, niin kuntapalvelulla on täysi mahdollisuus voittaa tarjouskilpailu. Toisaalta reilu kilpailuttaminen voisi tarjota pitkäaikaisen sopimuksen riskittömästi. Tulee arvioida sitä, onko kilpailuttamiseen kuluva työ pienempi, kuin jatkuva riskinottaminen yhteistyön sallittavuudesta.³⁷⁴ Yhteishankintayksikön perustaminen voisi olla yksi ratkaisu keskittää usein hankalaksi koettu kilpailuttamisprosessi siihen tehtävään valitulle yhteistyöelimelle. Yhteishankintayksikkö tekee omistavilleen hankintayksiköille tavaroita, palveluja tai rakennusurakoita koskevia hankintasopimuksia tai puitejärjestelyjä tai hankkii tavaroita ja palvelua hankintalainsäädännön edellyttämällä tavalla.

Edellä esitettyjen huomioiden perusteella näyttää siltä, että hankintasäätelyä tulee täsmentää tietyiltä osin, jotta kunnat voisivat selvemmin ja varmemmin suunnitella ja kehittää yhteistyötään lainsäädännön edellyttämällä tavalla. Eduskunta vahvisti hankintalain hyväksymisen yhteydessä lausuman, jonka mukaan hallituksen tehtävä on selvittää kuntien hankintatoimen alaan liittyvän kuntien yhteistoiminnan edellyttämät erityislainsäädännön kehittämistarpeet³⁷⁵. Hankintalakiuudistuksen keskeisenä tehtävänä oli korjata lainsäädännöllä nykyisiä ongelmakohtia, mihin osittain saatiin täsmennystä. Uudistuksen jälkeen on esille noussut uusia vielä ratkaisemattomia kysymyksiä, joihin saataneen lopullinen täsmennys uusista ja vielä käsittelyvaiheessa olevista tuomioistuinratkaisuksista. Hankintasäätely on elänyt muutosvaihetta, ja todennäköisesti säätelyä joudutaan vielä tarkistamaan, mikä on tärkeää, jotta kuntien välinen yhteistyö ei kaatuisi hankintasäätelyn sudenkuoppiin.

³⁷⁴ Ks. myös Pekkala 2007 s. 125.

³⁷⁵ Eduskunnan vastaus 256/2006 vp. s. 1.

LIITTEET

Liite A ; Ensisijaiset palvelut

Ryhmä	Palvelun kuvaus
1	Huolto- ja korjauspalvelut
2	Maakuljetuspalvelut, myös panssariautopalvelut ja kuriiripalvelut, paitsi postinkuljetus
3	Ilmaliikenteen henkilö- ja tavarankuljetuspalvelut, paitsi postinkuljetus
4	Maaliikenteen ja ilmaliikenteen postinkuljetus
5	Teleliikennepalvelut
6	Rahoituspalvelut: a) vakuutuspalvelut b) pankki- ja sijoituspalvelut
7	Tietojenkäsittelypalvelut ja niihin liittyvät palvelut
8	Tutkimus- ja kehittämisspalvelut
9	Laskentatoimen palvelut, tilintarkastus- ja kirjanpito- palvelut
10	Markkinatutkimus- ja otantatutkimuspalvelut
11	Liikkeenjohdon konsulttipalvelut ja niihin liittyvät palvelut
12	Arkkitehtipalvelut; tekniset suunnittelupalvelut ja tekniset kokonaispalvelut; kaupunkisuunnittelu- ja maisemasuunnittelupalvelut; edellisiin liittyvät tie- teelliset ja tekniset konsulttipalvelut; tekniset testa- us- ja analysointipalvelut
13	Mainospalvelut
14	Rakennusten puhtaanapitopalvelut ja isännöinti- ja kiinteistönhoitopalvelut
15	Palkkio- tai sopimusperustaiset julkaisu- ja paina- mispalvelut
16	Jätevesi- ja jätehuoltopalvelut: puhtaanapito ja vas- taavat palvelut

Ei sovelleta myöskään maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla taikka näihin liittyviä oikeuksia koskeviin palveluihin; tätä lakia sovelletaan kuitenkin missä tahansa muodossa tehdyn osto- tai vuokrasopimuksen kanssa samanaikaisesti, ennen sitä tai sen jälkeen suoritettaviin rahoituspalveluihin. (lähde: Laki julkisista hankinnoista 348/2007).

Liite B ; Toissijaiset palveluhankinnat

Ryhmät	Palvelujen kuvaus
17	Hotelli- ja ravintolapalvelut
18	Rautatiekuljetuspalvelut
19	Vesikuljetuspalvelut
20	Tuki- ja avustavat kuljetuspalvelut
21	Oikeudelliset palvelut
22	Työnvälitys- ja henkilöstönhankintapalvelut
23	Tutkinta- ja turvallisuuspalvelut, paitsi panssariauto- topalvelut
24	Koulutuspalvelut ja ammatilliset koulutuspalvelut
25	Terveystenhoito- ja sosiaalipalvelut
26	Virkistys-, kulttuuri- ja urheilupalvelut
27	Muut palvelut

Liite C ; NACE 10

Pääluokka F RAKENTAMINEN

Tähän luokkaan kuuluvat seuraavat työt:

Rakentaminen

Rakennusalueen pohjarakentaminen

Rakennusten purku ja raivaus; maansiirto

Koeporaus

Rakennusten tai niiden osien rakentaminen

Rakennustyöt

Kattorakenteiden pystyttäminen ja kattaminen

Teiden, katujen, lentokenttien ja urheilualueiden rakentaminen

Vesirakentaminen

Muu rakentaminen

Rakennusasennus

Sähköjohtojen ja -laitteiden asennus

Eristystyöt

Putkityöt

Muu asentaminen

Rakennusten viimeistely

Rappaus

Rakennuspuusepän asennustyöt

Maalaus ja lasitus

Muu rakennusten viimeistely

Rakennus- tai purkulaitteiden vuokraus käyttäjineen

(lähde: Laki julkisista hankinnoista 348/2007).