

Sidosyksikkösääntelyn mukainen ulosmyynti ja julkisen sektorin tuottamat tukipalvelut

Kysymyksenasettelu asiassa

- Onko kyseessä hankintalain 15 §:ssä tarkoitetusta myynnistä muille kuin sidosyksikköön määräysvaltaa käyttäville tahoille (ns. ulosmyynnistä, jonka osuutta ja kokonaismäärää sidosyksikön toiminnasta on hankintalainsäädännöllä rajattu) mikäli yli 65-vuotiaita koskevan kokeilun piiriin kuuluva asiakas hakeutuu yksityisen sektorin ko. asiakkaalle antamalla lähetteellä julkisen terveydenhuollon tukipalveluiden, kuten laboratoriopalveluiden, piiriin? Mitkä kokeiluun liittyvät lainsäädännölliset ratkaisut vaikuttavat siihen, onko tässä tilanteessa tukipalveluiden tuottaminen hankintaoikeudellisesti ulosmyyntiä vai ei?

Hankintalain mukainen ulosmyynnin käsite

- Se, että yhtiö voi toimia hankintalain mukaisena sidosyksikkönä ja sen omistajat voivat hankkia siltä tavaroita, palveluita ja urakoita kilpailuttamatta edellyttää hankintalain 15 §:n mukaan että ”yksikkö harjoittaa enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on.”
 - o Prosenttiosuutta määriteltäessä olisi käytettävä sopimuksen tekemistä edeltävien kolmen vuoden keskimääräistä kokonaisliikevaihtoa tai muuta vastaavaa toimintaan perustuvaa määrää. Pääsääntöisesti laskemisen perusteena olisi käytettävä liikevaihtoa. Liikevaihdolle vaihtoehtoinen toimintaan perustuva määrä olisi esimerkiksi asianomaiselle oikeushenkilölle tai hankintayksikölle aiheutuneet kustannukset palvelujen, tavaroiden ja rakennusurakoiden osalta.¹
 - o Liikevaihto muodostuu kirjanpidollisesti yrityksen myynnistä, joten sidosyksikkösääntelyn ulosmyyntirajojen kannalta keskeistä on se, kenelle palveluita myydään osana yli 65-vuotiaiden kokeilua koskevaa järjestelyä. Pääosan yhtiön tuottamien palveluiden myynnistä tulee suuntautua yhtiössä ratkaisevaa määräysvaltaa käyttäviin hankintayksiköihin.
 - o Lähtökohtaisesti kaikki muille kuin yhtiössä määräysvaltaa käyttäville hankintayksiköille kohdistuva myynti lasketaan lainkohdan mukaiseksi ulosmyynniksi. Näitä muita tahoja voivat olla muut hankintayksiköt, yritykset tai yksityiset kansalaiset. Selkein tilanne liiketoiminnan kohdistumisen kannalta on tilanne, jossa palvelut sekä tuotetaan suoraan yhtiön omistavalle ja yhtiössä määräysvaltaa käyttävälle hankintayksikölle, että laskutetaan tältä samaiselta hankintayksiköltä.
 - o Kuitenkin alla olevan oikeuskäytännön mukaisesti joissain tapauksissa voidaan katsoa, että yhtiön liiketoimintaa ”harjoitetaan yhtiöön määräysvaltaa käyttävän hankintayksikön kanssa”, vaikka palvelua ei laskutettaisi suoraan tältä yhtiössä määräysvaltaa käyttävältä hankintayksiköltä.

Kysymyksenasettelun kannalta merkityksellistä oikeuskäytäntöä

- **C-340/04, Carbotermo**
 - o Linkki ratkaisuun: <https://www.edilex.fi/euc/62004CJ0340>
 - o EUT:n keskeisimmät linjaukset ratkaisun kohdissa 65 – 67: ”Sen kysymyksen osalta, onko tässä yhteydessä (= toiminnan kohdistumisen vaatimusta arvioitaessa) otettava huomioon pelkästään valvovan julkisyhteisön kanssa saavutettu liikevaihto vai kyseisen julkisyhteisön alueella saavutettu

¹ HE 108/2016 vp s. 101.

liikevaihto, on katsottava, että ratkaiseva liikevaihto on se, jonka kyseinen yritys saavuttaa sen perusteella, että valvova julkisyhteisö päättää tehdä hankintasopimukset kyseisen yrityksen kanssa, mukaan lukien liikevaihto, joka saavutetaan käyttäjien kanssa pantaessa näitä päätöksiä täytäntöön. Sen yrityksen, jonka kanssa hankintasopimus tehdään, huomioon otettavia toimintoja ovat nimittäin kaikki ne, joita kyseinen yritys harjoittaa hankintaviranomaisen kanssa tehdyn hankintasopimuksen yhteydessä vastaanottajan henkilöydestä riippumatta, eli oli sitten kyseessä hankintaviranomainen itse tai palvelujen käyttäjä. On merkityksetöntä, kuka suorittaa maksun kyseiselle yritykselle, eli suorittaako sen yrityksen omistava julkisyhteisö vai suorittavatko sen ulkopuoliset käyttäjät, joille palvelu on tarjottu jälleenmyyntioikeuden tai muun kyseisen julkisyhteisön luoman oikeudellisen suhteen perusteella. On myös merkityksetöntä, millä alueella kyseiset palvelut on tarjottu.”

- Yhteenveto: Pelkästään sille, kuka maksaa palvelusta sen tuottavalle sidosyksikölle, ei tule antaa ratkaisevaa merkitystä yhtiön toiminnan kohdistumisen ja ulosmyynnin osuuden arvioinnissa. Keskeistä on se, perustuuko tämän palvelun tuottaminen ja tarjoaminen sidosyksikön ja siihen määräsvaltaa käyttävän tahon väliseen sopimukseen.

- **Vuosikirjaratkaisu KHO:2012/61**

- Linkki ratkaisuun: <https://www.edilex.fi/kho/vuosikirjat/201202102>
- Arvioitavana oli työterveyshuollon alalla toimivan kaupungin ja kahden kuntayhtymän omistaman yhtiön toiminnan suuntautuminen ja se, täyttikö yhtiön toiminnan suuntautuminen silloisen hankintalainsäädännön sidosyksikkösääntelyn vaatimukset
- Toiminnan suuntautumista arvioidessaan KHO tarkasteli muille, kuin yhtiön omistaville hankintayksiköille suuntautuvan myynnin osalta sitä, mikä määrä tästä mynnistä muodostui ko. ajankohdan mukaista yhtiön omistavien hankintayksiköiden järjestämisvastuulle kuuluvasta lakisääteistä työterveyshuollosta. KHO:n arvion mukaan merkittävä osa mulle kuin omistajille myydyistä palveluista oli muuta kuin kunnan järjestämisvastuulle kuuluvaa lakisääteistä työterveyshuoltoa, jonka osuus ulkopuolisille mynnistä tuli katsoa hankintalaissa tarkoitetuksi ulosmyynniksi. Tältä osin yhtiö tosiasiaa kilpaili palveluvalikoimansa perusteella yksityisten työterveyshuollon palvelujen tarjoajien kanssa samoista asiakkaista. Yhteenvetona KHO totesi, että sidosyksikön toiminnan kohdistumista koskeva vaatimus ei tapauksessa täyttynyt.
- Yhteenveto: Ratkaisun perusteella muille kuin määräsvaltaa käyttäville hankintayksiköille tapahtuvan myynnin arvioinnissa merkityksellistä sen kannalta, että myyntiä ei myöskään katsota sidosyksikköaseman vaarantavaksi ulosmyynniksi on se, että muille kuin määräsvaltaa käyttäville omistajille tapahtuva myynti perustuu ja rajautuu sisällöllisesti jollain tapaa yhtiössä määräsvaltaa käyttävän hankintayksikön lakisääteisiin tehtäviin. Tämän seurauksena KHO ainakin tässä tapauksessa myös arvioi, että tämänkaltaisen myynti ei kilpaillut samoilla markkinoilla yksityisten kanssa.

- **C-553/15, Undis Servizi Srl**

- Linkki ratkaisuun: <https://www.edilex.fi/euc/62015CJ0553#perustelut>
- EUT:n keskeisimmät linjaukset ratkaisun kohdissa 32 – 36: ”On välttämätöntä, että sopimuspuoleksi valitun yksikön toiminta tapahtuu pääasiassa sen omistavan tai omistavien julkisyhteisöjen hyväksi, ja kaikella muulla toiminnalla saa olla vain toisarvoinen merkitys. Sen arvioimiseksi, onko asia näin, toimivaltaisen tuomioistuimen on otettava huomioon kaikki yksittäistapauksen sekä laadulliset että määrälliset olosuhteet. Tältä osin ratkaiseva liikevaihto on se, joka kyseiselle yksikölle kertyy siihen määräsvaltaa käyttävän julkisyhteisön tai näiden määräsvaltaa käyttävien julkisyhteisöjen sen sopimuspuoleksi valintaa koskevien päätösten perusteella.....Kyseisestä oikeuskäytännöstä ilmenee, että sopimuspuoleksi valitun yksikön kaikkea sitä toimintaa, joka tapahtuu muiden kuin sen omistajien hyväksi eli joka tapahtuu sellaisten henkilöiden hyväksi, joilla ei ole tähän yksikköön määräsvaltasuhdetta, vaikka ne olisivat viranomaisia, on pidettävä ulkopuolisten hyväksi harjoitettuna toimintana.”
- Yhteenveto: Myös muiden viranomaisten, kun määräsvaltaa käyttävien omistaja-hankintayksiköiden hyväksi tai määräyksestä tehtävä toiminta on ulosmyyntirajoissa huomioitavaa myyntiä ulkopuolisille. Voi kuitenkin olla mahdollista tulkita tapausta siten, että mikäli lainsäädännössä olisi asetettu määräsvaltaa käyttävälle taholle (hyvinvointialue/yhtymä) velvoite palveluiden tuottamiseen,

sidosyksikön voitaisiin katsoa toimivan tarjoavan palveluja määräysvaltaa käyttävän tahon ”hyväksi” siten kuin tapauksessa on tarkoitettu. Samalla on kuitenkin huomattava, että muille kuin määräysvaltaa käyttäville tahoille tapahtuvan myynnin tulee perustua suoraan määräysvaltaa käyttävän hankintayksikön päätökseen hankintayksikön ja inhouse-yhtiön välisestä sopimuksesta. Voisi siten olla mahdollista tulkita, että näiden kahden edellytyksen täytyessä myynti ei ole myyntiä ulkopuoliselle toiminnan kohdistumisen vaatimuksen näkökulmasta. Ratkaisussa myös korostetaan inhouse-sääntelyn merkitystä suppeasti tulkittavana hankintasääntelyn poikkeuksena ja sitä, että toiminnan kohdistumisen arviointi tulee tehdä kokonaisvaltaisesti ja tapauskohtaisesti.

Huomioon otettavia seikkoja ulosmyyntiä koskevan oikeuskäytännön perusteella

- Oikeuskäytännössä on edellytetty vahvaa ja nimenomaista linkkiä sidosyksikön ja määräysvaltaa käyttävän hankintayksikön väliseen sopimukseen, jotta myynti muille kuin määräysvaltaa käyttäville omistajille ei olisi luonteeltaan ulosmyyntiä. Tukipalveluyhtiölle asetetun velvoitteen tuottaa tai tarjota palveluita myös yli 65-vuotiaita koskevan kokeilun asiakkaiden yksityiseltä sektorilta annettujen läheteiden perusteella tulee siten nähdäkseni tulla yhtiölle suoraan tukipalveluita tuottavan yhtiön siihen määräysvaltaa käyttäviltä omistajilta. Tällöin voitaisiin todennäköisesti katsoa, että mikäli hyvinvointialueella tai -yhtymällä olisi myös velvollisuus palveluiden tuottamiseen, tämä palvelutuotanto tapahtuu yhtiön määräysvaltaa käyttävän hankintayksikön ”hyväksi” eikä sitä katsottaisi sidosyksikköasemaa vaarantavaksi ulosmyynniksi.
 - o Mikäli tällaista suoraa ja nimenomaista linkkiä ei jossain tapauksessa ole ja tukipalveluita tuottava julkisomisteinen yhtiö vastaanottaa tästä huolimatta yli 65-vuotiaiden kokeilun piirissä annettuja yksityisen sektorin tutkimusläheteitä, tästä toiminnasta saatava yhtiön myyntitulo asiakasmaksujen tai muiden korvausten muodossa todennäköisesti määriteltäisiin ulosmyynniksi.
- Tämän lisäksi KHO erotteli omassa ratkaisussaan muille kuin määräysvaltaa käyttäville tahoille suuntautunutta myyntiä sisällöllisesti sen perusteella, että mistä kaikista palveluista tämä myynti koostui. KHO arvioi, että se osuus muille kuin määräysvaltaa käyttäville suuntautuneesta myynnistä, joka ylitti lakisääteisen työterveyshuollon järjestämistä vastuun sisällön tai tason, oli hankintalain tarkoittamaa ulosmyyntiä, joka kilpaili yksityisen sektorin palvelutuotannon kanssa. Merkityksellistä jos esim. tukipalveluita tuottavan yhtiön omistava ja yhtiössä määräysvaltaa käyttävä hyvinvointialue velvoittaa yhtiön tuottamaan palveluita kokeilussa saatujen yksityisen sektorin läheteiden perusteella vain lainsäädännön edellyttämässä minimilaaajuudessa → Sisällöllisesti tätä tasoa laajempi tutkimus- tai kuvantamisläheteiden vastaanottaminen ja tutkimukset voitaisiin katsoa sidosyksikköasemassa olevan yhtiön ulosmyynniksi.
- EUT on korostanut toiminnan suuntautumisen ja ulosmyynnin arvioinnissa tapauskohtaisen kokonaisarvioinnin merkitystä ja sidosyksikköpoikkeuksen perimmäistä tarkoitusta.
- Lisäksi on syytä huomata, että laissa asetettu velvoite palvelun tuottamiseen poistaisi mahdolliset kilpailuneutraalisääntelyn soveltumiseen liittyvät tulkintaongelmat. Mikäli palvelujen tarjoaminen perustuisi laissa säädettyyn velvoitteeseen, toiminnan ei katsottaisi olevan kilpailutilanteessa harjoitettavaa taloudellista toimintaa, eikä siihen tällöin kohdistuisi myöskään mm. yhtiöittämisvelvoitetta tai markkinaperusteisen hinnoittelun velvoitetta. Ilman lakiin perustuvaa velvoitetta olisi epäselvää, voitaisiinko toiminnan katsoa kaikissa tilanteissa jäävän neutraalisääntelyn ulkopuolelle.