CASTRÉN & SNELLMAN

LAUSUNTO

15.2.2021

Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunnalle

Lausunto sosiaali- ja terveyslautakunnan lausuntopyynnön 18.12.2021 johdosta, erityisesti kilpailuoikeuden ja julkisten hankintojen näkökulmasta - HE 241/2020 vp

Eduskunnan sosiaali- ja terveysvaliokunta on pyytänyt allekirjoittaneelta lausuntoa sote-uudistusta koskevan hallituksen esityksen (Hallituksen esitys eduskunnalle hyvinvointialueiden perustamista ja sosiaali- ja terveydenhuollon sekä pelastustoimen järjestämisen uudistusta koskevaksi lainsäädännöksi sekä Euroopan paikallisen itsehallinnon peruskirjan 12 ja 13 artiklan mukaisen ilmoituksen antamiseksi) kilpailuoikeutta ja julkisia hankintoja koskeviin aspekteihin.

Lausunnossani keskityn laajan hallituksen esityksen osalta kahteen kysymykseen:

1. Järjestämisvastuun siirron oikeudellinen luonne huomioon ottaen unionin tuomioistuimen tuomio asiassa C-328/19 (Pori) ja

2. Hyvinvointialueiden oikeus harjoittaa vähäriskistä taloudellista toimintaa.

1 Järjestämisvastuun siirron oikeudellinen luonne hankintalainsäädännön näkökulmasta

Lakiesityksen mukaan hyvinvointialueesta annettavan lain 53 §:ssä säädettäisiin yhteistoiminnan suhteesta julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettuun lakiin. Pykälän 1 momentissa säädettäisiin lain 7 §:ssä määritellyn järjestämisvastuun siirtämistilanteiden suhteesta julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annettuun lakiin (”hankintalaki”). Säännösehdotuksen mukaan hankintalainsäädäntöä ei sovellettaisi tilanteisiin, joissa hyvinvointialue sopii järjestämisvastuun siirtämisestä toiselle hyvinvointialueelle.

Hallituksen esityksen mukaan (s.570) järjestämisvastuun siirrossa ei olisi kysymys EU-kilpailuoikeudessa tarkoitetusta taloudellisesta toiminnasta, vaan niin sanotusta yleishyödyllisestä tehtävästä. Osa tehtävistä olisi sellaisia, joita ei edes perustuslain 124 §:n mukaan voitaisi siirtää yksityisille tai siirto edellyttäisi, että siitä olisi säädetty laissa. Vaikka tällaiset tehtävät katsottaisiinkin taloudelliseksi, ne olisivat kuitenkin tehtäväsiirtoja, *joissa olisi kysymys julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 16 §:ssa tarkoitetusta hankinnoista*

toiselta hankintayksiköltä. Sen mukaan hankintalakia ei sovelleta hankintayksiköiden väliseen hankintaan, jolla hankintayksiköt toteuttavat yhteistyössä ja yhteisten tavoitteiden saavuttamiseksi niiden vastuulla olevia yleisen edun mukaisia julkisia palveluja.

Johtopäätös siitä, että järjestämisvastuun siirrossa ei ole kyse julkista hankintaa koskevasta sopimuksesta, on oikea, mutta perustelu on ainakin osittain ristiriidassa unionin tuomioistuimen asiassa C-328/19 antaman tuomion kanssa.[1]

Unionin tuomioistuin käsitteli kuntien keskinäistä järjestämisvastuun siirtoa asiassa C-328/19 (Pori) ja katsoi, että järjestämisvastuun siirto jää hankintadirektiivin (ja siten myös hankintalain) ulkopuolelle sillä perusteella, että kyseessä on SEU 4 artiklan 2 kohdassa mainittu toimivallan siirto. Toimivallan siirto ei täytä julkiselta hankinnalta edellytettävää vastikkeellisuutta. Toimivallan siirto jää tuomion nojalla kokonaan hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle, eikä toimivallan siirrossa ole kyse hallituksen esityksessä mainitusta hankintalain 16 §:n mukaisen poikkeustilanteen (hankinnat toiselta hankintayksiköltä) soveltamisesta.

Toimivallan jakoa jäsenvaltion sisällä suojataan SEU 4 artiklan 2 kohdalla, jonka mukaan unionilla on velvollisuus kunnioittaa jäsenvaltioiden kansallista identiteettiä, joka on olennainen osa niiden poliittisia ja valtiosäännön rakenteita, myös alueellisen ja paikallisen itsehallinnon osalta. Kyseisellä määräyksellä annettu suoja koskee myös toimivaltojen uudelleen järjestelyjä jäsenvaltion sisällä. Tällaisista uudelleenjärjestelyistä, jotka voidaan tehdä muun muassa viranomaisten kesken tapahtuvalla vapaaehtoisella toimivallan siirrolla, seuraa, että aikaisemmin toimivaltainen viranomainen vapauttaa itsensä velvollisuudesta ja oikeudesta hoitaa tiettyä julkista tehtävää ja jatkossa tätä koskeva velvollisuus ja oikeus kuuluvat toiselle viranomaiselle.

Unionin tuomioistuin edellytti asiassa C-328/19 toimivallan siirrolta seuraavaa: Viranomaisella, jolle toimivalta annetaan, on oltava valta organisoida tähän toimivaltaan kuuluvien tehtävien suorittaminen ja antaa tehtäviä koskeva sääntelykehys, ja sillä on oltava rahoituksellinen itsenäisyys, jolla se voi varmistaa näiden tehtävien rahoittamisen. Alun perin toimivaltainen viranomainen ei siis voi pitää itsellään päävastuuta näistä samoista tehtävistä eikä pidättää itsellään niitä koskevan varainhoidon valvontaa tai hyväksyä etukäteen päätöksiä, jotka yksikkö, jonka se ottaa avukseen aikoo tehdä. Toimivallan siirto edellyttää, että äskettäin toimivaltaiseksi tullut viranomainen käyttää toimivaltaa itsenäisesti ja omalla vastuullaan.

Jotta asian oikeudellisesta perustasta ei jää epäselvyyttä, mielestäni on tarpeen, että sosiaali- ja terveysvaliokunnan mietinnössä järjestämisvastuun siirron jääminen hankintalainsäädännön soveltamisalan ulkopuolelle perustellaan nimenomaisesti SEUT 4 artiklan 2 -kohdalla unionin tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaisesti.

[1] Korkein hallinto-oikeus sovelsi unionin tuomioistuimen ennakkoratkaisua ja antoi asiassa vuosikirjapäätöksen KHO:2020:146 18.12.2020.

2 Hyvinvointialueen oikeus harjoittaa vähäriskistä taloudellista toimintaa

Hallituksen esityksen sivulla 1008 todetun mukaisesti lähtökohtaisesti hyvinvointialueilla ja hyvinvointiyhtymillä ei olisi elinkeinotoimintaa. Jos elinkeinotoimintaa olisi, se olisi lähtökohtaisesti hyvinvointialueesta annetussa laissa tarkoitetun yhtiöittämisvelvollisuuden piirissä.[2]

Edellä mainittu lähtökohta on linjassa niin EU:n valtiontukisääntöjen kuin kansallisen kilpailuneutraliteettisääntelyn taloudellisen toiminnan sääntelyn kanssa. Pääsääntö, jonka mukaan hyvinvointialue ei voi itse harjoittaa taloudellista toimintaa, ei kuitenkaan tule riittävän selvästi ilmi hyvinvointialueesta annettavan lain 6 §:n ehdotetusta muotoilusta:

> *6 § Hyvinvointialueen tehtävät*
>
> *Hyvinvointialue järjestää sille lailla säädetyt tehtävät. Hyvinvointialue voi lisäksi alueellaan ottaa hoitaakseen sen lakisääteisiä tehtäviä tukevia tehtäviä. Hyvinvointialueen itselleen ottama tehtävä hoitaminen ei saa laajuudeltaan olla sellainen, että se vaarantaa hyvinvointialueen lakisääteisten tehtävien hoitamisen.*
>
> *Hyvinvointialue voi alueellaan tai yhdessä toisen hyvinvointialueen kanssa myös tämän hyvinvointialueen alueella harjoittaa vähäriskistä liiketoimintaa, jos se tukee sen lakisääteisten tehtävien toteuttamista. Hyvinvointialueen toiminnasta kilpailutilanteessa markkinoilla säädetään 15 luvussa.*

Erityisesti huomio kiinnittyy 2 momentin mainintaan siitä, että hyvinvointialue voi harjoittaa vähäriskistä liiketoimintaa.

Ehdotetussa pykälässä rajataan hyvinvointialueen tehtäviä ja toimialaa tiukemmin kuin kuntien tai kuntayhtymien tehtäviä ja toimialaa nykyisin rajataan kuntalaissa. Säännöksen tarkoituksesta huolimatta riskinä on, että säännöstä tulkittaisiin sen sanamuodon johdosta tavalla, joka johtaisi hyvinvointialueen oman liiketoiminnan käynnistämiseen tai lisäämiseen vastoin kilpailuneutraliteettia ja yhtiöittämisvelvoitetta koskevaa sääntelyä. Tämä lisäisi kilpailuneutraliteettiin liittyviä ongelmia sote-toimialalla.

EU:n valtiontukisääntöihin tai kansallisiin kilpailuneutraliteettisääntöihin ei sisälly yhtiöittämisvelvollisuuden poikkeusta, joka koskisi julkisyhteisöjen vähäriskistä liiketoimintaa. Myös vähäriskinen taloudellinen toiminta on yhtiöittämisvelvoitteen piirissä. Tämäkään ei selvästi ilmene ehdotetun pykälän sanamuodosta.

Huoli hyvinvointialueiden yhtiöittämättömästä taloudellisesta toiminnasta perustuu aiempiin kilpailuneutraliteettiongelmiin. Kilpailu- ja kuluttajavirasto on omassa selvityksessään havainnut, että kuntayhtymillä on ollut vaikeuksia tunnistaa yhtiöittämisvelvollisuuden piirissä olevaa taloudellista toimintaa. (KKV:n

[2] Termi elinkeinotoiminta on vero-oikeudellinen.

selvitys Dnro 153/14.00.40/2016, 4.1.2017). Sote-toimiala oli yksi keskeisistä toimialoista, joilla ongelmia havaittiin.

Vaikuttaa todennäköiseltä, että hyvinvointialueen omaa, yhtiöittämätöntä taloudellista toimintaa puolustettaisiin jatkossa virheellisesti hyvinvointialueesta annetun lain 6 §:n 2 momentin säännöksellä, jonka mukaan hyvinvointialue voi harjoittaa vähäriskistä liiketoimintaa. Väärinkäsitysten välttämiseksi pykälä tulisi muotoilla uudelleen esimerkiksi seuraavasti:

> *Hyvinvointialue voi alueellaan tai yhdessä toisen hyvinvointialueen kanssa myös tämän hyvinvointialueen alueella harjoittaa vähäriskistä taloudellista toimintaa, jos se tukee sen lakisääteisten tehtävien toteuttamista edellyttäen, että taloudellinen toiminta on yhtiöitetty tai tilanteeseen soveltuu yhtiöittämisvelvoitetta koskeva poikkeus.*
>
> *Hyvinvointialueen toiminnasta kilpailutilanteessa markkinoilla sekä yhtiöittämisvelvoitteesta ja sen poikkeuksista säädetään 15 luvussa.*

Huomio kiinnittyy myös epäyhtenäiseen terminologiaan. Esitetyssä 6 §:n 2 momentissa puhutaan ”liiketoiminnasta”, yhtiöittämisvelvoitteen osalta ”toiminnasta kilpailutilanteessa markkinoilla” ja toisaalta kilpailulainsäädäntö koskee ”taloudellista toimintaa.” Sääntely pohjautuu kuitenkin EU:n valtiontukia koskevaan oikeuskäytäntöön, joka koskee taloudellista toimintaa.

Laati

Anna Kuusniemi-Laine
Asianajaja, Espoo