

10.04.2018

ESITYS MARKKINAOIKEUELLE

10.04.2018

SISÄLTÖ

1	Asia.....	3
2	Esityksen tekijä	3
3	Asianosaiset	3
4	Hankintamenettely	3
5	Asian vireilletulo ja selvittäminen.....	3
6	Vaatimukset	4
7	Vaatimusten pääasialliset perusteet.....	4
8	Tapahtumakuvaus	5
8.1	Hankintamenettely	5
8.2	Paraisten kaupungin KKV:lle antama selvitys	5
9	Oikeudellinen arvio	6
9.1	Hankinnan ennakoidun arvon laskeminen.....	6
9.2	Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n toteuttaman järjestelyn arviointi	7
9.2.1	Sidosyksikköhankinnat	7
9.2.2	Sekamuotoiset sopimukset.....	9
9.2.3	Kokonaisarvio toteutetusta järjestelystä	13
10	Viraston toimivalta hankintalain 141 §:n mukaisen esityksen tekemiseen	14
11	Esitetyt seuraamukset.....	14
11.1	Tehottomuusseuraamus ja hankintapäätöksen kumoaminen.....	14
11.2	Sopimuskauden lyhentäminen	15
11.3	Seuraamusmaksu	16
12	Sovelletut säännökset.....	18
	LIITELUETTELO.....	19

10.04.2018

1 Asia

1. Julkinen hankinta, esitys seuraamusten määräämiseksi: Paraisten kaupungin ruokapalvelutoiminnan siirtäminen Arkea Oy:lle.

2 Esityksen tekijä

2. Kilpailu- ja kuluttajavirasto
PL 5
00531 Helsinki
Puhelin 029 505 3000

Virastossa asiaa hoitavat tutkija Elisa Aalto, elisa.aalto@kkv.fi, p. 029 505 3683 sekä tutkimuspäällikkö Maarit Taurula, maarit.taurula@kkv.fi, p. 029 505 3381.

3 Asianosaiset

3. Paraisten kaupunki (jäljempänä myös "kaupunki" ja "hankintayksikkö")
4. Arkea Oy

4 Hankintamenettely

5. Paraisten kaupunginvaltuuston 6.6.2017 tekemä päätös § 76 koskien Paraisten kaupungin ruokapalvelutoiminnan luovutusta liikkeen luovutuksena Arkea Oy:lle.¹ Samalla Paraisten kaupunki on päättänyt tehdä Arkea Oy:n kanssa palvelusopimuksen (jäljempänä myös "hankintasopimus")² seitsemän vuoden ajanjaksolle 1.9.2017–31.8.2024 sekä mahdolliselle kahden vuoden optiokaudelle.

5 Asian vireilletulo ja selvittäminen

6. Kilpailu- ja kuluttajavirasto (jäljempänä myös "KKV ja "virasto") on ottanut asian tutkittavaksi omasta aloitteestaan.
7. Virasto on toimittanut 11.10.2017 selvityspyynnön³ Paraisten kaupungille menettelyn lainmukaisuuden selvittämiseksi. Kaupunki on vastannut viraston selvityspyyntöön 3.11.2017⁴. Virasto on 10.11.2017 esittänyt kaupungille asiassa lisäkysymyksiä⁵, joihin on saatu vastaus 12.12.2017⁶. Virasto

¹ Liite 1, Kaupunginvaltuuston päätös 6.6.2017 § 76.

² Liite 2, Palvelusopimus Paraisten kaupungin ruokapalveluiden tuottamisesta.

³ Liite 3, KKV:n selvityspyyntö Paraisten kaupungille 11.10.2017.

⁴ Liite 4, Paraisten kaupungin vastaus 3.11.2017.

⁵ Liite 5, KKV:n selvityspyyntö Paraisten kaupungille 10.11.2017.

⁶ Liite 6, Paraisten kaupungin vastaus 12.12.2017.

10.04.2018

on toimittanut kolmannen selvityspyynnön kaupungille 8.1.2018⁷. Kaupunki on vastannut lisäkysymyksiin 22.1.2018⁸. Virasto on 10.11.2017 toimittanut selvityspyynnön myös Arkea Oy:lle⁹, joka on vastannut selvityspyyntöön 14.12.2017¹⁰.

8. KKV on kuullut hankintayksikköä ja Arkea Oy:tä koskien markkinaoikeus-esitystä. Paraisten kaupunki¹¹ ja Arkea Oy¹² ovat toimittaneet vastauksensa 23.3.2018.

6 Vaatimukset

9. Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää, että markkinaoikeus:
 - i. määrää hankintapäätöksen perusteella tehdyn palvelusopimuksen tehottomaksi vielä täyttämättä olevien sopimusvelvoitteiden osalta,
 - ii. määrää hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun, jonka suuruudeksi KKV esittää 200 000 euroa sekä
 - iii. kumoaa hankintapäätöksen.
10. Mikäli markkinaoikeus jättää tehottomuusseuraamuksen määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä, Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää, että markkinaoikeus tehottomuusseuraamuksen sijaan lyhentää hankintasopimuksen sopimuskauden päättymään kuuden (6) kuukauden kuluttua tuomioistuimen antamasta lainvoimaisesta päätöksestä lukien.

7 Vaatimusten pääasialliset perusteet

11. Paraisten kaupunki on ruokapalveluita hankkiessaan laiminlyönyt julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, jatkossa ”hankintalaki”) 1 §:n mukaisen velvollisuutensa kilpailuttaa palvelu mainitun lain mukaisesti. Kaupunki on tehnyt suorahankinnan ilman hankintalaissa säädettyä perustetta eikä suorahankinnassa ole menetelty hankintalain 131 §:ssä tarkoitetulla tavalla.

⁷ Liite 7, KKV:n selvityspyyntö Paraisten kaupungille 8.1.2018.

⁸ Liite 8, Paraisten kaupungin vastaus 22.1.2018.

⁹ Liite 9, KKV:n selvityspyyntö Arkea Oy:lle 10.11.2017.

¹⁰ Liite 10, Arkea Oy:n vastaus 14.12.2017.

¹¹ Liite 15, Paraisten kaupungin vastine 23.3.2018.

¹² Liite 16, Arkea Oy:n vastaus 22.3.2018.

10.04.2018

8 Tapahtumakuvaus

8.1 Hankintamenettely

12. Arkea Oy on kuntien ja kuntayhtymien omistama yhtiö, joka tuottaa ruoka-, siivous-, toimitila-, kiinteistöhoito- ja kunnossapitopalveluja omistajilleen sekä yhtiön ulkopuolisille tahoille.
13. Paraisten kaupunginvaltuusto on 6.6.2017 päättänyt (§ 76) luovuttaa ruokapalvelutoimintansa liikkeen luovutuksena Arkea Oy:lle. Liikkeen luovutus on hyväksytty kauppakirjassa määritellyin ehdoin. Samassa yhteydessä Paraisten kaupunki on päättänyt ostaa 1 000 kappaletta Arkea Oy:n osakkeita.¹³ Osakkeiden ostoa koskeva päätös on pantu täytäntöön 19.9.2017, kun kaupunginjohtaja on allekirjoittanut osakkeiden kauppakirjan¹⁴ ja osakassopimuksen.¹⁵
14. Liiketoiminnan luovutuksen yhteydessä kaupunki on päättänyt solmia Arkea Oy:n kanssa ruokapalvelutoiminnan palvelusopimuksen seitsemän vuoden ajanjaksolle 1.9.2017 – 31.8.2024 sekä mahdolliselle kahden vuoden optiokaudelle. Kyseinen palvelusopimus on allekirjoitettu 9.8.2017.
15. Palvelun ennakoitu arvo ylittää hankintalain 26 §:n 1 momentin 2 kohdan mukaisen palveluhankintoja koskevan EU-kynnysarvon, joka on ilman arvonlisäveroa laskettuna 209 000 euroa.¹⁶
16. Palvelusta ei ole julkaistu hankintalain 58 §:n mukaista tai muuta ilmoitusta HILMA-palvelussa (www.hankintailmoitukset.fi).

8.2 Paraisten kaupungin KKV:lle antama selvitys

17. Paraisten kaupunki on KKV:lle antamansa selvityksen¹⁷ mukaan siirtänyt ruokapalvelutoiminnan liikkeen luovutuksena Arkea Oy:lle, ostanut Arkea Oy:n osakkeita ja tullut Arkea Oy:n osakkaaksi, jolloin kyseessä on ollut hankintalain 15 §:n mukainen hankinta Paraisten kaupungin sidosyksiköltä eli Arkea Oy:ltä.
18. Myöhemmässä KKV:lle antamassaan selvityksessä¹⁸ Paraisten kaupunki on todennut, että kaupungin käsitys sidosyksikkösuhteen syntymisestä on ollut virheellinen. Sen sijaan Paraisten kaupunki on esittänyt, ettei liiketoi-

¹³ Liite 11, Kaupunginvaltuuston päätös 6.6.2017 § 77.

¹⁴ Liite 12, Osakkeiden kauppakirja 19.9.2017.

¹⁵ Liite 13, Osakassopimus 19.9.2017.

¹⁶ Myös hankintalain 25 §:n 1 momentin 4 kohdan mukainen Liitteessä E tarkoitettuja muita erityisiä palveluja koskevien hankintojen kansallinen kynnysarvo (300 000 euroa) ylittyy.

¹⁷ Liite 4.

¹⁸ Liite 6.

10.04.2018

mintakaupan yhteydessä solmittuun määräaikaan siirtymäajan palvelusopimukseen tule soveltaa hankintalakea. Kysymys on kokonaisuudesta, jolla Paraisten ruokapalvelutoiminta on myyty Arkea Oy:lle, ja palvelusopimus on tämän kokonaisuuden vähäinen osa. Selvityksen mukaan liiketoimintakaupan olennainen osa on se, että myyty liiketoiminta tosiasiallisesti ja kokonaisuudessaan siihen liittyvine tulonodotuksineen ja riskeineen siirtyy ostajalle.

19. Palvelusopimuksen siirtymäajan jälkeen kaupunki aikoo kilpailuttaa hankintasopimuksensa hankintalain mukaisesti, mikäli Arkea Oy:tä ei ole sitä ennen erikseen päätetty määritellä omistajiensa sidosyksiköksi.
20. Paraisten kaupungin selvityksen mukaan arvio sopimuksen puitteissa hankittavien palvelujen arvonlisäverottomasta arvosta on noin 200 000 – 240 000 euroa kuukaudessa.¹⁹
21. Kaupunki on selvityksessään todennut, että ruokapalveluja koskenut muutosprosessi on lähtenyt liikkeelle sekä tarpeesta kehittää ruokapalveluja että tarpeesta varmistaa ruokapalvelujen jatkuminen kaikilta osiltaan myös sote-uudistuksen jälkeen. Järjestelyllä on haluttu säilyttää myös tehtyjen keittiöinvestointien arvo ja nykyiset kunnan alueella olevat työpaikat.²⁰
22. Lisäksi Paraisten kaupunki on tuonut selvityksessään²¹ esille, että jos neuvoteltu liikkeenluovutussopimus olisi valmistuttuaan kilpailutettu, olisivat sen sisältämät ehdot voineet merkittävästi heikentää kilpailutuksen tehokkuutta, koska mahdollisten tarjousten tekijöiden lukumäärä olisi ollut hyvin rajallinen. Kaupungin mukaan kilpailutuksessa olisi heidän tietääkseen ollut vain yksi mahdollinen tarjoaja.²²

9 Oikeudellinen arvio

9.1 Hankinnan ennakoitun arvon laskeminen

23. Hankintalain 27 §:n 1 momentin mukaan hankinnan ennakoitua arvoa laskettaessa perusteena on käytettävä suurinta maksettavaa kokonaiskorvausta ilman arvonlisäveroa. Arvioinnin on perustuttava ilmoittamisajankohdan tai muun hankintamenettelyn alkamisajankohdan arvoon. Arvoa laskettaessa on otettava huomioon myös hankinnan mahdolliset vaihtoehdot toteuttamistavat ja hankintasopimukseen sisältyvät optio- ja pidentysehdot sekä ehdokkaille tai tarjoajille maksettavat palkkiot tai maksut.

¹⁹ Liite 4.

²⁰ Liite 8.

²¹ Liite 4.

²² Liite 8.

10.04.2018

24. Hankintalain 30 §:n 3 momentin mukaan sellaisissa palveluhankintasopimuksissa, joissa ei ilmoiteta kokonaishintaa, ennakoidun arvon laskennassa perusteena on käytettävä toistaiseksi tai yli 48 kuukautta voimassa olevissa hankintasopimuksissa kuukausiarvoa kerrottuna luvulla 48.
25. Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n välisen palvelusopimuksen²³ mukaan sopimuksen kesto on määritelty seuraavasti:

"Sopimus on määräaikaisena voimassa sopimuskauden 1.9.2017 - 31.8.2024. Tämän jälkeen sopimusta voidaan jatkaa kahden vuoden pituisella optiokaudella (1.9.2024 – 31.8.2026). Tilaaja päättää option käytöstä, mutta Tuottaja optiokauden pituudesta. Optiokauden käytöstä on osapuolten sovittava 12 kk ennen optiokauden alkua.

Määräaikaisuuden ja optiokauden jälkeen sopimus muuttuu toistaiseksi voimassa olevaksi kahdentoista (12) kuukauden irtisanomisajalla."

26. Sopimuksen mukaan palvelun hinta perustuu ruokapalveluiden osalta keskimääräiseen suoritekohtaiseen veloitukseen. Laskutus perustuu asiakkaan tilaamiin annosmääriin. Laskutus tapahtuu kuukausittain jälkikäteen. Hankintalain näkökulmasta ennakoidun arvon laskentaan tulisi soveltaa hankintalain 30 §:n 3 momenttia, sillä palveluhankintasopimukselle ei ole ilmoitettu kokonaishintaa ja sopimus on voimassa yli 48 kuukautta.
27. Sopimuksella hankittavan palvelun arvonlisäveroton kuukausiarvo on Paraisten kaupungin selvityksen mukaan arviolta noin 200 000 – 240 000 euroa kuukaudessa. Palveluhankintoja koskeva 209 000 euron EU-kynnysarvo ylittyy, kun ruokapalvelun kuukausiarvo kerrotaan luvulla 48 ($240\,000 \times 48 = 11\,520\,000$).

9.2 Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n toteuttaman järjestelyn arviointi

9.2.1 Sidosyksikköhankinnat

28. Hankintalain 15 §:n mukaan hankintalakia ei sovelleta hankintaan, jonka hankintayksikkö tekee sidosyksiköltään.
29. Sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Hankintayksikön tulee yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavalla kuin omiin toimipaikkoihinsa. Hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön

²³ Liite 2, s. 1.

10.04.2018

strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Sidosyksikön tulee toimia määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

30. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö harjoittaa enintään viiden prosentin ja enintään 500 000 euron osuuden liiketoiminnastaan muiden tahojen kuin niiden hankintayksiköiden kanssa, joiden määräysvallassa se on. Hankintalain 174 §:n siirtymäsäännöksen mukaisesti edellä tarkoitettu prosenttiosuus on 10 prosenttia 31. päivään joulukuuta 2018 saakka. Siirtymäaikana ei sovelleta euromääräistä rajoitusta.
31. Paraisten kaupunki on allekirjoittanut palvelusopimuksen Arkea Oy:n kanssa 9.8.2017. Ruokapalvelutoiminta on aloitettu sopimuksen mukaisesti 1.9.2017. Vasta palvelusopimuksen allekirjoittamisen ja sopimuksen mukaisen ruokapalvelutoiminnan aloittamisen jälkeen Paraisten kaupunki on hankkinut 1 000 kappaletta Arkea Oy:n osakkeita.
32. Osakassopimuksen²⁴ mukaan Arkea Oy:ssä on yhteensä 801 000 osaketta. Osakkeiden oston jälkeen Paraisten kaupungin omistusosuus Arkea Oy:stä on 1 000 osaketta eli 0,12 prosenttia. Turun kaupunki omistaa Arkea Oy:stä selvän enemmistön, yhteensä 98,54 prosenttia.
33. Arkea Oy:n osakkeiden osto on tapahtunut liiketoiminnan myynnin ja palvelusopimuksen tekemisen jälkeen. Osakkeiden kauppakirja ja osakassopimus on allekirjoitettu 19.9.2017. Kauppahinta on ollut 11 170 euroa. Paraisten kaupungilla ei ole siis ollut omistusosuutta Arkea Oy:stä sillä hetkellä, kun palvelu on hankittu.
34. Paraisten kaupungin antaman selvityksen mukaan osakekauppa oli tarkoitus tehdä samanaikaisesti liikkeenluovutuksen kanssa, mutta Turun kaupunginhallituksen kesän kokoustaun takia päätös voitiin tehdä vasta 14.8.2017.²⁵
35. Määräysvaltaedellytyksen osalta KKV katsoo, että vaikka osakekauppa olisi toteutettu jo aiemmin ja Paraisten kaupunki olisi omistanut 0,12 prosenttia Arkea Oy:stä jo palvelussopimuksen tekohetkellä, ei Paraisten kaupungilla olisi ollut yksin määräysvaltaa Arkea Oy:öön. Jotta Paraisten kaupungilla voisi olla muiden hankintayksiköiden kanssa yhteinen määräysvalta Arkea Oy:öön, tulisi Arkea Oy:n toimielinten koostua kaikkien hankintayksiköiden edustajista. Hankintalain esitöiden mukaan yksittäinen edustaja voisi kuitenkin edustaa useita tai kaikkia osallistuvia hankintayksiköitä sidosyksikön hallintotoimielimessä.²⁶

²⁴ Liite 13.

²⁵ Liite 4.

²⁶ Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi, HE 108/2016, s. 104.

10.04.2018

36. Paraisten kaupunki ei ole antamassaan selvityksessä tuonut esille, että Paraisten kaupungilla olisi omaa tai muiden Arkea Oy:n omistajien kanssa yhteistä edustajaa Arkea Oy:n toimielimissä.²⁷ Osakassopimuksen mukaan Arkea Oy:n hallituksen jäsenistä Varsinais-Suomen sairaanhoitopiiri nimittää yhden ja Turun kaupunki muut jäsenet.²⁸ Näin ollen Paraisten kaupungilla ei ole hankintasopimuksen tekemisen aikana tai myöhemminkään ollut sidosyksikköhankintojen edellyttämää määräysvaltaa Arkea Oy:öön. Paraisten kaupunki on myös itse antamassaan selvityksessä todennut, että heidän käsityksenä sidosyksikkösuhteen syntymisestä on ollut virheellinen.
37. Koska sidosyksikköaseman määräysvaltaedellytys ei toteudu, KKV ei katso tarpeelliseksi käsitellä erikseen toiminnan kohdistumisen kriteeriä.
38. Edellä todetun perusteella hankintalain 15 §:n soveltamisedellytykset eivät käsillä olevassa tapauksessa täyty, joten hankintaa ei olisi voinut sidosyksikköasemaan perustuen jättää kilpailuttamatta.

9.2.2 Sekamuotoiset sopimukset

39. Paraisten kaupunki on esittänyt, että liiketoimintakaupan yhteydessä solmittuun määräaikaiseen palvelusopimukseen ei sovellettaisi hankintalakia.
40. Hankintalain 7 §:n 2 momentin mukaan lain soveltamisalaan kuuluvia hankintoja ja lain soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja koskevaan sopimukseen sovelletaan hankintalakia, jos sopimuksen pääasiallisena kohteena ovat hankintalain soveltamisalaan kuuluvat hankinnat ja jos sopimuksen osia ei voida objektiivisesti erottaa toisistaan.
41. Hankintalain esitöiden²⁹ mukaan edellä mainittua kohtaa sovelletaan tilanteissa, jossa samaan sopimukseen kuuluu sekä hankintalain soveltamisalaan kuuluvia hankintasopimuksia että soveltamisalan ulkopuolelle jääviä järjestelyjä.
42. Lain esitöiden mukaan hankintalain soveltamisalaa koskevassa arvioinnissa tulisi ensiksi selvittää, voidaanko hankintalain piiriin ja sen ulkopuolelle jäävät osat objektiivisesti erottaa toisistaan. Jos osia ei voitaisi objektiivisesti erottaa toisistaan ja tämän lisäksi hankinnan pääasiallisena kohteena olisi muu järjestely kuin lain soveltamisalaan kuuluva hankintasopimus, sopimukseen ei sovellettaisi hankintalakia.

Osien erillisuus

43. Paraisten kaupunki on sopinut liikkeen luovutuksesta Arkea Oy:lle sekä Arkea Oy:n osakkeiden ostosta. Liikkeen luovutus tai osakekauppa yksinään

²⁷ Liite 6.

²⁸ Liite 13.

²⁹ HE 108/2016, s. 87–88.

10.04.2018

eivät kuulu hankintalain soveltamisalaan. Paraisten kaupunki on samalla tehnyt Arkea Oy:n kanssa palvelusopimuksen, jonka mukaan kaupunki sitoutuu tilaamaan ruokapalvelut Arkea Oy:ltä vastiketta vastaan. Palvelusopimus on hankintalaissa tarkoitettu hankintasopimus.

44. Paraisten kaupunki on selvityksessään todennut, että liiketoiminnan luovutus sisälsi liiketoiminnan kokonaisuudessaan. Näin ollen henkilöstö, käyttöomaisuus, sopimukset ja ennen kaikkea asiakkuudet, jotka muodostavat liiketoiminnan ytimen, siirtyivät Arkea Oy:lle. Paraisten kaupunki oli asiakkaista suurin, joten liiketoimintasiirtoa ei voinut toteuttaa ilman, että toimitukset kaupungin yksikköihin jatkuisivat.
45. Paraisten kaupunki on perustellut sopimusten jakamattomuutta myös sillä, että ilman liiketoiminnan luovutusta myöskään palvelusopimusta ei olisi tarvittu. Pelkkä ruokapalveluiden kilpailuttaminen olisi kaupungin mukaan johtanut merkittäviin käyttöomaisuuden arvojen alaskirjaustarpeisiin kaupungin kirjanpidossa ja kaupungin ruokapalvelutoiminnan henkilökunta olisi pitänyt irtisanoa.
46. Paraisten kaupunki on selvityksissään tuonut esille, että ruokapalvelun kilpailuttaminen olisi johtanut kaupungin henkilökunnan osalta merkittävästi heikentyneeseen tilanteeseen. Tehdyllä järjestelyllä kaupunki on voinut taata henkilökunnalleen virka- ja työehtosopimuksen, joka antaa työntekijöille KVTES:n³⁰ työehtoja vastaavat työehdot (AVAINTES³¹).³²
47. Lisäksi Paraisten kaupunki on todennut, että siirtymäajan jälkeen kaupunki tulee kilpailuttamaan hankintasopimuksensa hankintalain mukaisesti, ellei Arkea Oy:tä ole sitä ennen erikseen päätetty määritellä omistajiensa sidosyksiköksi.³³
48. Unionin tuomioistuin on oikeuskäytännössään todennut, että on varmistettava, ettei pääomatasetapahtuman taakse todellisuudessa kätkeydy julkisia hankintoja koskeviksi sopimuksiksi tai konsessioiksi luokiteltavien sopimusten myöntäminen yksityiselle kumppanille.³⁴ KKV katsoo, että käsillä olevassa tapauksessa on kyse nimenomaan tällaisesta tilanteesta, sillä liikkeen luovutukseen ja osakekauppaan on yhdistetty ruokapalveluja koskeva hankintasopimus.

³⁰ Kunnallinen yleinen virka- ja työehtosopimus.

³¹ Avaintyöntekijät Avainta ry:n työehtosopimus.

³² Liite 8, s. 3.

³³ Liite 6, s. 2.

³⁴ C-215/09, Mehiläinen Oy ja Terveystalo Healthcare Oy v. Oulun kaupunki, kohta 34.

10.04.2018

49. KKV:n näkemyksen mukaan kaupunki on esittänyt asian kannalta osin merkityksettä perusteita sopimuskokonaisuuden jakamattomuudelle. Unionin tuomioistuimen oikeuskäytännössä³⁵ on todettu, että kaupungilta siirtävän henkilöstön asema voitaisiin turvata tämänkaltaisissa tilanteissa myös sellaisessa hankintamenettelyssä, joka on syrjintäkiellon periaatteen ja avoimuusperiaatteen mukainen ja jossa tällaista turvaa koskeva vaatimus olisi kuulunut edellytyksiin, joka on täytettävä kyseessä olevaa hankintaa koskevan sopimuksen tekemiseksi. Näin ollen henkilöstön aseman turvaaminen ei ole sellainen objektiivinen syy, jonka perusteella palvelusopimusta ei voitaisi erottaa muista sopimuksen osista.
50. Oikeuskäytännön mukaan se, että hankintaviranomainen on ilmaissut aikomuksensa kilpailuttaa palvelujen hankkimisen siirtymäkauden jälkeen, on myös seikka, joka tukee sitä, että tämä osa kyseessä olevasta sekamuotoisesta sopimuksesta on erotettavissa tämän sopimuksen muista osista.³⁶
51. Edellä todetun perusteella KKV katsoo, että lähtökohtaisesti hankintasopimus olisi ollut erotettavissa oleva osa liikkeen luovutuksesta ja osakekaupasta. Palvelu olisi siten voitu hankkia erikseen noudattamalla hankintalakiä. Tästä huolimatta KKV on kuitenkin omassa arvioinnissaan ottanut huomioon myös sen mahdollisuuden, että tilanteessa katsottaisiin olleen tarve tehdä sekä liikkeen luovutus että palvelusopimus saman sopimuskumppanin kanssa. Tämän vuoksi KKV on arvioinut asiassa myös sopimuksen pääasiallista kohdetta.

Sopimuksen pääasiallinen kohde

52. KKV toteaa, että vaikka palvelusopimuksen ei katsottaisi olevan objektiivisesti erotettavissa oleva osa liikkeen luovutusta koskevasta sopimuksesta, on sopimuskokonaisuuden pääasiallisena kohteena kuitenkin hankintalain soveltamisalaan kuuluva hankinta.
53. Oikeuskäytännön mukaan, kun kyse on sellaisesta sekamuotoisesta sopimuksesta, jonka eri osat liittyvät erottamattomalla tavalla toisiinsa ja muodostavat näin jakamattoman kokonaisuuden, kyseistä sopimusta on tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena sen luonnehtimiseksi oikeudellisesti. Sopimusta on arvioitava sen pääasiallisena kohteena olevaan osaan tai sopimuksen hallitsevaan osatekijään sovellettavien sääntöjen perusteella.³⁷
54. KKV katsoo, että sopimuksen pääasiallisen kohteen arvioinnin tulee tapahtua hankintayksikön näkökulmasta. Käsillä olevassa tapauksessa sopimuskokonaisuuden taloudellinen painopiste on selvästi ruokapalveluiden han-

³⁵ C-215/09, Mehiläinen Oy ja Terveystalo Healthcare Oy v. Oulun kaupunki, kohta 40.

³⁶ C-215/09, Mehiläinen Oy ja Terveystalo Healthcare Oy v. Oulun kaupunki, kohta 43.

³⁷ Yhdistetyt asiat C-145/08 ja C-149/08, Club Loutraki ym. tuomio 6.5.2010, kohdat 48 ja 49.

10.04.2018

kinnassa. Palvelusopimus on tehty seitsemälle vuodelle sekä kahdelle optiovuodelle, jonka jälkeen sopimus muuttuu toistaiseksi voimassaolevaksi 12 kuukauden irtisanomisajalla. Paraisten kaupungin sitoumus ostaa palveluita Arkea Oy:ltä on arvoltaan yhteensä vähintään yli 20 miljoonaa euroa (12kk × 7v × 240 000 €). Sopimuksen arvo olisi vieläkin suurempi, mikäli kaupunki käyttäisi optio-oikeuden ja sopimus jatkuisi toistaiseksi voimassaolevana sen jälkeen. Paraisten kaupungin mukaan hankintasopimuksen arvo on riippuvainen maakuntauudistuksen voimaantulosta. Kaupungin oman arvion mukaan ruokahankinnan kokonaisarvo olisi noin 14-15 miljoonaa euroa.³⁸ KKV katsoo, että ruokapalveluhankinta on joka tapauksessa sopimuskokonaisuuden taloudellisesti merkittävin osa.

55. Liiketoiminnan luovutuksen kauppakirjan liitteestä 6 käy ilmi, että liiketoimintakaupan kauppahinta on ollut kokonaisuudessaan 152 100,27 euroa. Tästä osuudesta ruokapalvelun käyttö- ja irtain omaisuus on ollut arvoltaan 125 120 euroa ja vaihto-omaisuus puolestaan 26 980,27 euroa.³⁹ Kauppahinta on huomattavasti palvelusopimuksen arvoa pienempi. Lisäksi siirretty omaisuus liittyy kiinteästi ruokapalvelutoiminnan järjestämiseen. Osana järjestelyä Paraisten kaupunki ja Arkea Oy ovat allekirjoittaneet vuokrasopimuksen⁴⁰, jolla kaupunki vuokraa Arkea Oy:lle omistamissaan kiinteistöissä sijaitsevat valmistuskeittiöt oheistiloineen. Vuokrasopimuksen arvo 7 vuodelle laskettuna on yhteensä 3,9 miljoonaa euroa. KKV toteaa, että tämän sopimuksen pääasiallinen kohde ei ole vuokrasopimus vaan ruokapalvelujen hankinta.
56. Sekä Paraisten kaupunki että Arkea Oy ovat kuulemisen yhteydessä todenneet, että henkilöstön työsuhteiden siirtyminen on ollut merkittävä ja olennainen osa sopimuskokonaisuutta. Paraisten kaupunki on esittänyt, että henkilöstön siirron arvo olisi vuositasolla 1,6 miljoonaa euroa ja kokonaisuudessaan 11 miljoonaa euroa.⁴¹ KKV:n näkemyksen mukaan siirtynyt henkilökunta on tuotannon tekijä, jolla ruokapalvelua tuotetaan. Työvoiman käytöstä aiheutuvat kustannukset ovat osa kustannuspohjaa, jolla määritellään ruokapalvelun hinta. Myös Arkea Oy on todennut, että jopa 70 prosenttia palvelun hinnasta koostuu työntekijäkustannuksista.⁴² KKV katsoo, että palvelua tuottavien työntekijöiden siirtyminen Arkea Oy:n palvelukseen on osa liikkeen luovutusta. Ruokapalvelujen ulkoistuksen yhteydessä toteutettu liikkeen luovutus tai työntekijöiden siirtyminen ei ole sopimuksen pääasiallinen kohde.
57. Kaupunki on todennut, että myyty liiketoiminta on siirtynyt ostajalle tosiasiallisesti ja kokonaisuudessaan siihen liittyvine tulonodotuksineen ja riskei-

³⁸ Liite 16.

³⁹ Liite 14, Liiketoiminnan luovutuksen kauppakirja 25.10.2017.

⁴⁰ Liite 15, Liikehuoneiston vuokrasopimus 9.8.2017.

⁴¹ Liite 16 ja liite 17.

⁴² Liite 17.

10.04.2018

neen. KKV:n näkemyksen mukaan ostajalle tässä sopimuskokonaisuudessa jäävä riski on marginaalinen, sillä kaupan yhteydessä on sovittu poikkeuksellisen pitkästä ruokapalvelusopimuksesta. Ruokapalveluiden kysyntä on Paraisten kaupungin osalta todennäköisesti hyvin vakaata ja ennustettavissa.

58. Ottaen huomioon ruokapalvelusopimuksen taloudellinen arvo ja sopimuksen kesto, on palvelusopimus kiistatta tehdyn järjestelyn pääasiallinen kohde. Mikäli Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n välillä tehty osakekauppa katsottaisiin ajankohdastaan huolimatta osaksi samaa sopimuskokonaisuutta liikkeen luovutuksen ja palvelusopimuksen kanssa, ei tämä seikka muuta sopimuksen pääasiallista tarkoitusta. Yhteensä 0,12 prosentin omistussuuden hankkiminen Arkea Oy:stä ei voi tässä tapauksessa olla toteutetun järjestelyn pääasiallisena kohteena.
59. KKV toteaa lisäksi, että Paraisten kaupungin selvityksessään antamat vastaukset⁴³ tukevat käsitystä siitä, että palvelusopimus ei ole toteutetun kokonaisuuden vähäinen osa. Kaupunki on itse todennut, että liiketoiminnan ytimenä ovat asiakkuudet, joista Paraisten kaupunki on selkeästi suurin. Jo se Paraisten kaupungin esille tuoma seikka, että liiketoimintakauppa ei olisi ollut mahdollinen ilman palvelusopimusta, osoittaa, että palvelusopimus on koko tehdyn järjestelyn ydin ja näin ollen sopimuksen pääasiallisena kohteena.
60. Vaikka asiassa hyväksyttäisiin kaupungin näkemys siitä, että palvelusopimus ja liiketoimintakauppa eivät ole erotettavissa toisistaan, on sopimuskokonaisuuden pääasiallisena kohteena kuitenkin järjestelyn osana tehdyt hankinnat eli aiemmin kaupungin itse hoitama ruokapalvelutuotanto. Palvelusopimus kuuluu hankintalain soveltamisalaan, joten kaupungin olisi tullut ruokapalvelutoimintaa ulkoistaessaan kilpailuttaa ruokapalveluntuottaja ja sopimus kaikkine ehtoineen hankintalain mukaisesti.

9.2.3 Kokonaisarvio toteutetusta järjestelystä

61. Käsillä olevassa tapauksessa on KKV:n arvion mukaan kyse hyvin tavanomaisesta kuntakentän tilanteesta, jossa kunta ulkoistaa palvelujaan markkinoimijalle. Tyypillisesti tämän kaltaisessa ulkoistustilanteessa hankintayksikkö kilpailuttaa sopimuskumppaninsa.
62. Mikäli Paraisten kaupungin noudattama menettelytapa katsottaisiin hankintalain mukaiseksi, johtaisi tämä esimerkiksi sote-markkinoilla mahdollisuuden ulkoistaa palvelut vuosikausiksi yksityisille sote-alan yrityksille kilpailuttamatta ja näennäisesti liiketoimintakaupan varjolla.

⁴³ Liite 8.

10.04.2018

63. KKV toteaa, että ilman hankintalain mukaista kilpailutusta ei voida olla varmoja siitä, ketkä tarjouskilpailuun olisivat osallistuneet. Arkea Oy ei ole ainoa markkinoilla toimiva ruokapalvelutoimija.
64. Koska hankinta ei jää hankintalain soveltamisalan ulkopuolelle, kyseessä on ollut hankintalaissa tarkoitettu suorahankinta. Suorahankinnan käyttöedellytyksistä on säädetty hankintalain 40 §:ssä. Nyt käsiteltävässä asiassa ei ole tullut esiin seikkoja, joiden perusteella jokin laissa mainittu suorahankintaperuste soveltuisi tapaukseen.

10 Viraston toimivalta hankintalain 141 §:n mukaisen esityksen tekemiseen

65. Hankinnan ennakoitu arvo on 11 520 000 euroa. Näin ollen hankinnan arvo ylittää hankintalain 26 §:ssä tarkoitetun EU-kynnysarvon.
66. Hankintayksikkö on tehnyt hankinnasta sopimuksen. Hankintayksikön sopimuskumppani ei ole ollut hankintalain 15 §:n tarkoittama hankintayksikön sidosyksikkö. Hankintayksiköllä ei ole myöskään ollut hankintalain 40 §:n 2 momentissa säädettyä perustetta suorahankinnan valitsemiselle. Lisäksi suorahankinnasta ei ole tehty hankintalain 131 §:n mukaista ilmoitusta. Näin ollen virastolla on toimivalta tehdä markkinaoikeudelle hankintalain 141 §:n mukainen esitys.
67. Hankintayksikkö on 6.6.2017 tehnyt päätöksen siitä, että se tekee Arkea Oy:n kanssa palvelusopimuksen. Palvelusopimus on allekirjoitettu 9.8.2017. Viraston ensimmäinen selvityspyyntö on lähetetty hankintayksikölle 11.10.2017 eli ennen kuin kuusi kuukautta on kulunut hankintasopimuksen tekemisestä. Virastolla on hankintalain 141 §:n perusteella toimivalta tehdä esitys markkinaoikeudelle 11.4.2018 asti.

11 Esitetyt seuraamukset

11.1 Tehottomuusseuraamus ja hankintapäätöksen kumoaminen

68. Hankintalain 141 §:n mukaan KKV voi esittää markkinaoikeudelle tehottomuusseuraamuksen ja seuraamusmaksun määräämistä sekä sopimuskauden lyhentämistä, kun kysymys on EU-kynnysarvon tai E-liitteen palveluhankintoja koskevan kynnysarvon ylittävästä suorahankinnasta, joka on tehty ilman hankintalaissa säädettyä perustetta, eikä hankinnasta ole tehty hankintalain 131 §:n mukaista ilmoitusta. Lisäksi KKV voi esittää hankintapäätöksen kumoamista sillä edellytyksellä, että se esittää tehottomuusseuraamuksen määräämistä.
69. Hankintalain 159 §:n mukaan markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen KKV:n 141 §:n mukaisesta esityksestä. Hankintalain 156 §:n 4 momentin mukaan markkinaoikeus määrää, mitä sopimuksen velvoitteita tehottomuusseuraamus koskee. Tehottomuusseuraamus voi koskea vain vielä täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita.

10.04.2018

70. Kilpailu- ja kuluttajaviraston valvontatoimivaltaa koskevissa hankintalain esitöissä on todettu, että ensisijaisesti viraston valvonnan tarkoituksena olisi puuttua täysin lain säännöksistä piittaamatta tehtyihin suorahankintoihin, joista ei ole lainkaan ilmoitettu, sekä muihin merkittäviin suorahankintoihin rinnastuviin menettelyltään karkeasti virheellisiin tai syrjiviin hankintoihin.⁴⁴
71. Hankintalain oikeussuojakeinot pohjautuvat direktiiviin 2007/66/EY, jonka johdanto-osan mukaan laittomia suorahankintoja tekemällä hankintaviranomaiset tai hankintayksiköt rikkovat kaikkein vakavimmalla tavalla julkisia hankintoja koskevaa unionin lainsäädäntöä. Lainvastaiseen suorahankintaan perustuva hankintasopimus olisi direktiivin johdanto-osan mukaan katsottava lähtökohtaisesti pätemättömäksi.⁴⁵
72. Nyt esillä olevassa asiassa hankintayksikkö on tehnyt suorahankinnan ilman hankintalaissa mainittua perustetta eikä ole ilmoittanut hankinnasta siten kuin lain 7 luvussa säädetään, joten tehottomuusseuraamuksen määräämisen edellytykset täyttyvät. Näin ollen Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää määrättäväksi tehottomuusseuraamuksen koskien Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n välisen palvelusopimuksen täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita.
73. Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää lisäksi Paraisten kaupunginhallituksen 6.6.2017 tekemän päätöksen (§ 76) kumoamista siltä osin kuin se koskee palvelusopimuksen tekemistä, sillä hankintapäätöstä ei ole tehty hankintalain mukaisesti.

11.2 Sopimuskauden lyhentäminen

74. Hankintalain 159 §:n mukaan markkinaoikeus voi määrätä sopimuskauden lyhennettäväksi KKV:n 141 §:n mukaisesta esityksestä. Markkinaoikeus voi jättää määräämättä tehottomuusseuraamuksen 157 §:ssä säädetyillä perusteilla. Tällöin markkinaoikeus voi määrätä hankintayksikön maksamaan seuraamusmaksun sekä sen lisäksi tai sen sijasta lyhentää sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua noudattaen, mitä 158 §:n 3 momentissa säädetään.
75. Hankintalain 157 §:n mukaan markkinaoikeus voi jättää määräämättä tehottomuusseuraamuksen yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä. Sopimukseen suoranaisesti liittyviä taloudellisia etuja voidaan pitää pakottavina syinä vain, jos sopimuksen tehottomuudella olisi poikkeuksellisesti kohtuuttomia seurauksia.

⁴⁴ HE 108/2016 vp, s. 231.

⁴⁵ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2007/66/EY, annettu 11.12.2007, neuvoston direktiivien 89/665/ETY ja 92/13/ETY muuttamisesta julkisia hankintoja koskeviin sopimuksiin liittyvien muutoksenhakumenettelyjen tehokkuuden parantamiseksi, johdanto-osan kohta 13.

10.04.2018

76. Tehottomuusseuraamusta koskevien säännösten voimassaoloaikana markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä yleiseen etuun liittyvänä pakottavana syynä on pidetty esimerkiksi hankinnan kohteena olevien palvelujen varassa oleville henkilöille tehottomuusseuraamuksesta koituvaa merkittävää haittaa.⁴⁶
77. Paraisten kaupungin hankkima ruokapalvelutoiminta sisältää päiväkotiruokailun, kouluruokailut, vanhainkodin ja vuodeosaston ateriapalvelut, palvelutalojen ateriapalvelut sekä kotiateriapalvelut. Mikäli markkinaoikeus katsoo, että sopimuksen tehottomuusseuraamus tulee jättää määräämättä yleiseen etuun liittyvästä pakottavasta syystä, esittää Kilpailu- ja kuluttajavirasto toissijaisesti, että tehottomuusseuraamuksen sijaan markkinaoikeus lyhentää palvelusopimuksen sopimuskauden päättymään kuuden (6) kuukauden kuluttua tuomioistuimen antamasta lainvoimaisesta päätöksestä lukien.
78. KKV:n näkemyksen mukaan palvelusopimus tulee tällaisessa tilanteessa määrätä päätettäväksi niin pian, kuin se on yleistä etua vaarantamatta mahdollista. Paraisten kaupunki ja Arkea Oy ovat molemmat esittäneet, että tehdyn palvelusopimuksen mukaiset ruokapalvelut olisi mahdollista kilpailuttaa hankintalain mukaisesti 12 kuukaudessa.⁴⁷ KKV katsoo, että ruokapalvelut on mahdollista kilpailuttaa kuuden kuukauden aikana hankintalakia noudattaen.

11.3 Seuraamusmaksu

79. Käsillä olevassa tapauksessa menettelyvirhe on vaikuttanut merkittävästi muiden mahdollisten tarjoajien oikeussuojan toteutumiseen. Siten pelkkää tehottomuusseuraamusta tai sopimuskauden lyhentämistä ei ole pidettävä hankintalainsäädännön tavoitteet ja julkisissa hankinnoissa noudatettavat periaatteet huomioiden riittävänä seuraamuksena hankintayksikön virheellisestä menettelystä.
80. Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n tekemän sopimuksen sopimusvelvoitteet on jo osittain täytetty markkinaoikeuden määrätessä seuraamusta, joten tehottomuusseuraamuksen vaikutukset voivat jäädä merkitykseltään vähäisiksi. Tehokas oikeussuoja ja hankintalainsäädännön tavoitteiden toteutuminen edellyttävät seuraamusmaksun määräämistä yhdessä tehottomuusseuraamuksen tai sopimuskauden lyhentämisen kanssa.
81. Koska ilman hankintalain mukaista perustetta toteutettujen suorahankintojen katsotaan olevan menettelyltään karkeasti virheellisiä hankintoja ja rik-

⁴⁶ Esim. MAO 212-213/13, jossa tehottomuusseuraamuksesta arvioitiin aiheutuvan merkittävää haittaa koulukuljetuksia käyttäville oppilaille, sekä MAO 189/14 (KHO 1.9.2015 T 2293), jossa tehottomuusseuraamuksesta arvioitiin aiheutuvan merkittävää haittaa oppilaitoksen tulostuspalveluja käyttäville opiskelijoille ja henkilökunnalle.

⁴⁷ Liite 16 ja liite 17.

10.04.2018

kovan kaikkein vakavimmalla tavalla julkisia hankintoja koskevaa lainsäädäntöä, Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää määrättäväksi seuraamusmaksua.

82. Hankintalain esitöiden mukaan Kilpailu- ja kuluttajaviraston olisi seuraamusmaksua esittäessään otettava huomioon mitä hankintalain 158 §:ssä säädetään seuraamusmaksun määräämisestä ja sen enimmäismäärästä.⁴⁸ Hankintalain 158 §:n 3 momentin mukaan seuraamusta määrätessä markkinaoikeuden on otettava huomioon hankintayksikön virheen tai laiminlyönnin laatu ja valituksen kohteena olevan hankinnan arvo. Seuraamusmaksun määrä ei saa ylittää kymmentä prosenttia hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen arvosta.
83. KKV pitää hankintayksikön laiminlyöntiä vakavana. Tehdyllä järjestelyllä on yritetty kokonaan kiertää hankintalain säännösten soveltaminen. Lisäksi hankinta on laajuudeltaan ja arvoltaan merkittävä.
84. Hankintasopimuksen arvo on ilman optioita 20 160 000 euroa ja kahden optiovuoden kanssa 25 920 000 euroa. KKV toteaa, että vaikka sopimuksen kokonaisarvo pienenisikin mahdollisen maakuntauudistuksen myötä, olisi hankinnan arvo edelleen noin 15 miljoonaa euroa, mitä on pidettävä arvoltaan merkittävänä.
85. Edellä mainituin perustein Kilpailu- ja kuluttajavirasto esittää seuraamusmaksun määräksi 200 000 euroa. KKV katsoo, että seuraamusmaksun määrää ei ole pidettävä kohtuuttomana ottaen huomioon hankintayksikön laiminlyönnin laatu sekä hankinnan arvo.
86. Selvyyden vuoksi mainittakoon, että seuraamusmaksua esitetään määrättäväksi yhdessä sekä tehottomuusseuraamuksen että toissijaisesti esitetävän sopimuskauden lyhentämisen kanssa.

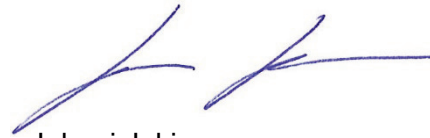
⁴⁸ HE 108/2016, s. 235.

10.04.2018

12 Sovelletut säännökset

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) 1 §, 7 §, 15 §, 25 §, 26 §, 27 §, 30 §, 40 §, 58 §, 131 §, 141 §, 156 §, 157 §, 158 §, 159 § ja 174 §.

Pääjohtaja



Juhani Jokinen

Tutkija



Elisa Aalto

10.04.2018

LIITELUETTELO

- Liite 1, Kaupunginvaltuuston päätös 6.6.2017 § 76.
- Liite 2, Palvelusopimus Paraisten kaupungin ruokapalveluiden tuottamisesta.
- Liite 3, KKV:n selvityspyyntö Paraisten kaupungille 11.10.2017.
- Liite 4, Paraisten kaupungin vastaus 3.11.2017.
- Liite 5, KKV:n selvityspyyntö Paraisten kaupungille 10.11.2017.
- Liite 6, Paraisten kaupungin vastaus 12.12.2017.
- Liite 7, KKV:n selvityspyyntö Paraisten kaupungille 8.1.2018.
- Liite 8, Paraisten kaupungin vastaus 22.1.2018.
- Liite 9, KKV:n selvityspyyntö Arkea Oy:lle 10.11.2017.
- Liite 10, Arkea Oy:n vastaus 14.12.2017. (Sisältää Arkea Oy:n liikesalaisuuksia)
- Liite 11, Kaupunginvaltuuston päätös 6.6.2017 § 77.
- Liite 12, Osakkeiden kauppakirja 19.9.2017.
- Liite 13, Osakassopimus 19.9.2017.
- Liite 14, Liiketoiminnan luovutuksen kauppakirja 25.10.2017.
- Liite 15, Liikehuoneiston vuokrasopimus 9.8.2017.
- Liite 16, Paraisten kaupungin vastine 23.3.2018.
- Liite 17, Arkea Oy:n vastaus 22.3.2018.