

26.4.2021

Asia

Hankintojen valvonta: Elvera Oy:n helikopterisahausta, verkkojen tarkistuslentoja sekä häiriöaikaisia partiolentoja koskeva hankinta.

Ratkaisu

Kilpailu- ja kuluttajavirasto kiinnittää Elvera Oy:n huomion erityisalojen hankintalain oikeusohjeisiin, erityisesti lain 19 §:n jälleenmyyntiä koskevan soveltamisalapoikkeuksen edellytyksiin.

Asian vireilletulo

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on ottanut asian tutkittavakseen omasta aloitteestaan.

Asian selvittäminen

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on toimittanut sahaus-, hakkuu-, ja raivauspalveluiden hankintoja koskevan selvityspyynnön Elvera Oy:lle 9.4.2020, johon Elvera Oy vastasi 27.4.2020. Kilpailu- ja kuluttajavirasto on 4.5.2020 ja 5.10.2020 pyytänyt lisäselvityksiä, jotka Elvera Oy on toimittanut 18.5.2020 ja 16.10.2020. Virasto on pyytänyt asiassa lisäksi selvitystä Enerva Oy:ltä sekä Kymenlaakson Sähkö Oy:ltä.¹

Ratkaisun perustelut

Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta

Vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalveluiden alalla toimivien yksiköiden julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016, jatkossa ”erityisalojen hankintalaki”) annetun lain 127 §:n mukaan hankintojen valvontaan ja Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivaltaan sovelletaan, mitä hankintalain 15 luvussa säädetään.

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, jatkossa ”hankintalaki”) 139 §:ssä Kilpailu- ja kuluttajavirastolle (Jäljempänä myös ”KKV” tai ”virasto”) on annettu tehtäväksi valvoa julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön noudattamista.

KKV voi antaa havaitsemansa lainvastaisuuden johdosta hankintayksikölle huomautuksen tai muuta hallintolain (434/2003) 53 c §:ssä tarkoi-

¹ Selvityspyyntö Enerva Oy:lle 11.9.2020 ja Enerva Oy:n vastaus 21.9.2020, selvityspyyntö Kymenlaakson Sähkö Oy:lle 16.9.2020 ja Kymenlaakson Sähkö Oy:n vastaus 30.9.2020.

26.4.2021

tettua hallinnollista ohjausta. Laittomien suoramarkkintojen osalta KKV voi hankintalain 140 §:n perusteella kieltää hankintapäätöksen täytäntöönpanon. EU-kynnysarvot ylittävien suoramarkkintojen osalta KKV voi myös tehdä markkinaoikeudelle esityksen seuraamusten, kuten seuraamusmaksun, sopimuskauden lyhentämisen tai hankintapäätöksen kumoamisen, määräämiseksi. Sama koskee kansalliset kynnysarvot ylittäviä hankintalain liitteessä E tarkoitettuja palveluhankintoja tai käyttöoikeussopimuksia, jotka on tehty suoramarkkintana ilman laissa säädettyä perustetta.

Asiaselostus

Hankintamenettelyn kulku

Elvera Oy (jäljempänä myös ”hankintayksikkö”) on 3.1.2020 päivättyllä tarjouspyynnöllä pyytänyt tarjouksia sähköverkkojen johtokatuja helikopterisahauksesta, lentotarkistuksista ja häiriöaikaisista partiolennoista. Tarjouspyyntö toimitettiin sähköpostitse kuudelle yritykselle, jotka Elvera Oy valitsi tekemänsä markkinakartoituksen perusteella.

Tarjouspyynnössä oli eritelty sahausmäärät verkkoyhtiökohtaisesti Järvi-Suomen Energia Oy:n, Kymenlaakson Sähkö Oy:n sekä Lappeenrannan Energiaverkot Oy:n verkkoalueilla. Tarjouspyynnön mukainen lentotarkistus kohdistui Järvi-Suomen Energia Oy:n verkkoalueelle. Häiriöaikaisista partiolennoista oli tarjouspyynnössä todettu, että ne voivat kohdentua minkä tahansa Elvera Oy:n asiakkaan verkkoalueelle. Tarjouspyynnössä pyydettiin tarjoajia ilmoittamaan erikseen tuntihinnat helikopterisahaukselle, verkkojen lentotarkistukselle sekä häiriöaikaisille partiolennoille. Tarjouspyynnössä oli nimenomaisesti todettu, että kaikki palvelut on hinnoiteltava tarjouksissa.

Elvera Oy ja [poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella] allekirjoittivat 13.2.2020 sopimuksen Järvi-Suomen Energia Oy:n alueella tehtävästä helikopterisahauksesta ja verkkojen tarkistuslennoista sekä Elvera Oy:n asiakkaiden häiriöaikaisista partiolennoista. [poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella]. Järvi-Suomen Energia Oy:n alueen helikopterisahauksen ennakoitu arvo on noin [poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo ylittää soveltuvan EU-kynnysarvon] euroa, tarkistuslentojen ennakoitu kokonaisarvo noin [poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon] sekä häiriöaikaisien partiolennojen kokonaisarvo noin [poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon] euroa (alv 0 %).

Elvera Oy ja [poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella] allekirjoittivat 4.3.2020 sopimuksen Kymenlaakson

26.4.2021

Sähköverkon verkkojen helikopterisahauksesta. Elvera Oy ja Kymenlaakson Sähköverkko Oy allekirjoittivat 27.2.2020 sopimuksen keskijänniteverkon reunapuuston helikopterisahauksesta. *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella]*. Kymenlaakson sähköverkon helikopterisahausta koskevan sopimuksen kokonaisarvo on noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa (alv 0 %).

Virastolle annetun selvityksen mukaan toimitetun tarjouspyynnön perusteella ei solmittu sopimusta Lappeenrannan Energia Oy:n verkon johtokatuja reunapuuston sahausurakasta. Sahausurakan kokonaisarvo olisi ollut noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa (alv 0 %).

Helikopteripalveluiden hankinnasta ei ole julkaistu erityisalojen hankintalain mukaista hankintailmoitusta taikka muuta ilmoitusta julkisten hankintojen ilmoituskanavassa (www.hankintailmoitukset.fi).

Asiassa annettu selvitys

Virastolle antamassaan selvityksessä Elvera Oy on todennut, että erityisalojen hankintalain 5 §:n 2 momentin mukaisena julkisena yrityksenä sillä on lähtökohtaisesti velvollisuus kilpailuttaa erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvat hankinnat. Elvera Oy on selvittänyt virastolle myös asemaansa erityisalojen hankintalain 28 §:n mukaisena yhteisyrityksenä. Elvera Oy on kuitenkin katsonut, että kyseessä olevaan hankintaan on ollut sovellettavissa erityisalojen hankintalain 19 §:n 1 momentin 1 kohdan mukainen soveltamisalapoikkeus, eli hankinnan tarkoituksena on ollut jälleenmyynti ulkopuolisille tahoille. Elvera Oy on virastolle antamassaan selvityksessään katsonut, että koska helikopterisahausta ja muita helikopteripalveluita ei ole hankittu Elvera Oy:n itsensä tai Elvera Oy:n omistajien sähkölinjojen ylläpitoon ja kunnossapitoon, vaan palvelut on jälleenmyyty Enerva Oy:lle sekä Kymenlaakson Sähköverkko Oy:lle, niin hankinnassa on kyse lainkohdan mukaisesta jälleenmyynnistä ulkopuolisille tahoille, joka ei kuulu erityisalojen hankintalain soveltamisalaan.

Elvera Oy katsoo myös, että vaikka hankinnan katsottaisiin kuuluvan erityisalojen hankintalain soveltamisalaan, Elvera Oy on silti tarjouspyyntömenettelyllään hyödyntänyt markkinoiden kilpailullisuuden ja toiminnallaan saanut enemmän tarjouksia, kuin mitä se olisi saanut erityisalojen hankintalain mukaisen hankintailmoituksen julkaisemisella.

Selvityksessään Elvera Oy katsoo lisäksi, että vaikka helikopterisahausta, tarkistuslentoja sekä häiriöaikaisia partiolentoja koskevia tar-

26.4.2021

jouksia on pyydetty samalla tarjouspyynnöllä, nämä erilaiset helikopteripalvelut tulee katsoa toisistaan erillisiksi hankintakokonaisuuksiksi.

Virasto on saanut asiassa selvitystä myös Enerva Oy:ltä sekä Kymenlaakson Sähkö Oy:ltä niiden sidonnaisuudesta Elvera Oy:hyn.

KKV:n arvio hankintamenettelyn lainmukaisuudesta

Erytisalojen hankintalain mukainen hankintayksikköasema

Erytisalojen hankintalain 1 §:n mukaan vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksikköiden on kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin tässä laissa säädetään.

Erytisalojen hankintalain 5 §:n 1 momentin mukaan laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä ovat yhtä tai useaa 6—9 §:ssä tarkoitettua toimintaa harjoittavat valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset, valtion liikelaitokset, julkisoikeudelliset laitokset sekä edellä mainittujen tahojen muodostamat yhteenliittymät (viranomaishankintayksiköt).

Erytisalojen hankintalain 5 §:n 2 momentin mukaan laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä ovat viranomaishankintayksikköiden lisäksi 6—9 §:ssä tarkoitettua toimintaa harjoittavat julkiset yritykset ja viranomaisen myöntämän erityis- tai yksinoikeuden nojalla toimivat yksiköt.

Edellä mainitun pykälän 4 momentin mukaan julkisia yrityksiä ovat sellaiset yhteisöt, joihin viranomaishankintayksiköt voivat suoraan tai välillisesti käyttää määräysvaltaa omistuksen, rahoitusosuuden tai yritystä koskevien sääntöjen perusteella; yksikön katsotaan kuuluvan viranomaisen määräysvaltaan erityisesti silloin, jos viranomainen suoraan tai välillisesti;

- 1) omistaa enemmistön kyseisen yrityksen merkitystä pääomasta;
- 2) hallitsee enemmistöä yrityksen osakkeisiin perustuvasta äänioikeudesta; taikka
- 3) voi nimittää yli puolet yhteisön hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä.

Erytisalojen hankintalain 6 §:n 3 momentin mukaan erityisalojen hankintalakia sovelletaan sellaisten kiinteiden verkkojen antamiseen käyttöön tai toimintaan, joiden tarkoituksena on tarjota yleisölle sähkön tuotantoon, siirtoon tai jakeluun liittyviä palveluja. Lakia sovelletaan myös sähkön toimittamiseen näihin verkkoihin sekä sähkömarkkinalaissa (588/2013) tarkoitettun järjestelmävastuun hoitamiseen.

26.4.2021

Elvera Oy toimii sähkön, veden, lämmön sekä tietoliikenteen infraverkkojen rakentamisen, kunnossapidon, ylläpidon ja vianhoidon alalla. Elvera Oy:n omistajia ovat Suur-Savon Sähkö Oy (49,98 %), Lappeenrannan Energia Oy (26,3 %) sekä Kymenlaakson Sähkö Oy (23,72 %). Omistajayhtiöt ovat joko kokonaan tai yli 50 % erityisalojen hankintalain mukaisten viranomaishankintayksiköiden omistuksessa.

Virasto toteaa, että Elvera Oy on erityisalojen hankintalain 5 §:n 4 momentin mukainen yhteisö, johon viranomaishankintayksiköt voivat välillisesti käyttää määräysvaltaa omistuksen perusteella ja joka harjoittaa sähkömarkkinalain mukaista sähköverkkotoimintaa. Yhtiö on siten erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluva julkinen yritys. Elvera Oy on myös omana käsityksenä hankintayksikköasemastaan virastolle antamassaan selvityksessä ilmoittanut, että se on erityisalojen hankintalain mukainen julkinen yritys.² Virasto toteaa, että Elvera Oy:n tekemä helikopteripalveluiden hankinta on myös liittynyt erityisalojen soveltamisalaan kuuluvaan sähköverkkotoimintaan.

Virasto toteaa, että Elvera Oy on erityisalojen hankintalain mukainen hankintayksikkö, jonka tulee noudattaa erityisalojen hankintalakia lain soveltamisalaan kuuluvissa julkisissa hankinnoissaan.

Luonteva hankintakokonaisuus ja hankinnan ennakoitu arvo

Hankinnan kohteena ovat olleet helikopterilla suoritettavat reunapuuston sahauspalvelut, tarkistuslennot sekä häiriöaikaiset partiolennot. Helikopterisahaus on helikopterilla ilmasta käsin suoritettavaa johtokatu- ja muiden sähköjohtoympäristöjen reunapuuston raivauspalvelua. Virasto katsoo, että hankinnan laji on palveluhankinta. Myös Elvera Oy:n käsityksenä on annetun selvityksen perusteella se, että hankintaan sovelletaan erityisalojen palveluhankintojen kynnysarvoja.

Sähköpostitse kuudelle alan yritykselle toimitettu tarjouspyyntö on päivätty 3.1.2020, joten hankintaan sovelletaan vuoden 2020 alusta tarkistettuja EU-kynnysarvoja. EU-kynnysarvo on erityisalojen palveluhankinnoissa ollut 428 000 euroa 1.1.2020 alkaen.³

Asiassa tulee vielä arvioida, mitkä kaikki tarjouspyynnön kohteena olleet palvelut muodostavat luontevan hankintakokonaisuuden. Luontevan hankintakokonaisuuden käsite liittyy kieltoon pilkkoa hankintakokonaisuutta pienempiin osiin taikka keinotekoisesti yhdistellä hankintoja erityisalojen hankintalain välttämisen tarkoituksessa. Erityisalojen hankintalain 18 §:n mukaan hankintaa ei saa pilkkoa eriin tai laskea sen arvoa poikkeuksellisin menetelmin tämän lain säännösten soveltamisen välttämiseksi. Tavarahankintaa tai palveluhankintaa ei myös-

² Elvera Oy:n selvityspyntövastaus 27.4.2020.

³ Erityisalojen hankintalaki 13 § sekä <https://tem.fi/eu-ja-kansalliset-kynnysarvot>

26.4.2021

kään saa liittää rakennusurakkaan tai hankintoja muutoin yhdistellä keinotekoisesti tämän lain säännösten soveltamisen välttämiseksi. Lain esitöiden mukaan hankinnan jakamisen osiin tulee perustua todellisiin taloudellisiin tai teknisiin seikkoihin, jotka hankintayksiköiden tulee pystyä näyttämään tarvittaessa toteen. Lähtökohtana arvioinnissa olisi luontevan hankintakokonaisuuden määrittely. Luontevasti samanaikaisesti kilpailutettavien samantyyppisten hankintojen tulisi katsoa kuuluvan samaan hankintakokonaisuuteen. Huomiota voidaan kiinnittää ajanjaksoihin, joiden aikana tehtäviä hankintaeriä kilpailutetaan kokonaisuuksina suunnitelmallisessa hankintatoimessa.⁴

Hankintayksikkö on virastolle toimittamassaan selvityksessä katsonut, että helikopterisahaus, tarkistuslennot sekä häiriöaikaiset partiolennot eivät ole samaa hankintakokonaisuutta, vaikka kaikkia palveluita koskevia tarjouksia on pyydetty samalla tarjouspyynnöllä. Hankintayksikkö vetoaa kunkin palvelun toteutuksen teknisiin erityispiirteisiin.

Virasto toteaa, että kaikki hankittavat palvelut ovat olleet sähkölinjojen ylläpitoon ja huoltoon liittyviä erityispalveluita. Luontevaa hankintakokonaisuutta koskevat oikeusohjeet eivät anna tukea tulkinalle, jonka mukaan luonteva hankintakokonaisuus voisi muodostua vain yhdenlaisen palvelun, tavaran taikka urakan hankinnasta kerrallaan. Hankittavien palveluiden keskinäisestä erilaisuudesta huolimatta hankintayksikkö on tarjouspyynnöllään edellyttänyt tarjoajia antamaan tarjouksensa kaikista palveluista. Tarjoajan ei siten ole ollut mahdollista jättää tarjousta vain helikopterisahauksen taikka vain tarkistuslentojen osalta. Hankinnasta kiinnostuneen tarjoajan kannalta kaikki erilaiset palvelut ovat muodostaneet yhden hankinnan. Hankintayksikkö on tehtäviä hankintoja suunnitellessaan sisällyttänyt kaikki palvelut samaan tarjouspyyntöön. Kaikkien palveluiden tosiasiallinen toteutus on myös aikataulutettu vuodelle 2020. Virasto katsoo, että Elvera Oy:n menettelyä ja hankittuja palveluita kokonaisuutena tarkasteltaessa voidaan katsoa, että tarjouspyyntöön sisältyneet sisällöltään erilaiset palvelut muodostavat yhdessä luontevan hankintakokonaisuuden.

Tarjouspyynnön kohteena olevien palveluiden ennakoitu kokonaisarvo kaikille alueille on ollut yhteensä noin 1 080 000 euroa⁵ (alv 0 %) josta *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perus-*

⁴ HE 108/2016 vp s. 260 sekä 121.

⁵ Järvi-Suomen Energian sahaus noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo ylittää soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa, Kymenlaakson Sähköverkko Oy:n sahaus noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa ja toteutumatta jäänyt Lappeenrannan Energia Oy:n sahaus noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa. Ennakoidun arvon määrittelyn kannalta merkitystä ei ole sillä, että Lappeenrannan Energia Oy:n osuus ei toteutunut. Järvi-Suomen lentotarkistusten sekä häiriöaikaisten partiolentojen arvo yhteensä noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa.

26.4.2021

teella] kanssa solmitun, Järvi-Suomen Energia Oy:n verkon helikopterisahausta ja tarkistuslentoja sekä kaikkien verkkojen häiriöaikaisia partiolentoja koskevan sopimuksen osuus on ollut noin *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo ylittää soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa. Hankinnan arvo ylittää soveltuvan EU-kynnysarvon. Virasto toteaa lisäksi, että myös pelkän Järvi-Suomen Energia Oy:n verkkoja koskevan helikopterisahausten ennakoitu kokonaisarvo ylittää hankintaan soveltuvan kynnysarvon.

Erytisalojen hankintalain mukainen jälleenmyyntipoikkeus

Elvera Oy jälleenmyi hankkimiaan helikopteripalveluita Enerva Oy:lle, *[poistettu tieto salassa pidettävä JulkL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella]*. Hankintayksikkö on virastolle antamassaan selvityksessä vedonnut erityisalojen hankintalain 19 §:n 1 momentin 1 kohdan mukaiseen soveltamisalapoikkeukseen, jonka mukaan erityisalojen hankintalakia ei sovelleta hankintoihin, joiden tarkoituksena on jälleenmyynti tai vuokraus ulkopuolisille tahoille, jos hankintayksiköllä ei ole erityis- tai yksinoikeutta myydä tai vuokrata hankinnan kohdetta ja jos muut yksiköt voivat myydä tai vuokrata sen samoin edellytyksin kuin hankintayksiköt.

Lainkohdan esitöissä on todettu, että lainkohdan soveltamisen edellytyksenä on, että jälleenmyynti tapahtuu kilpailullisessa ympäristössä. Säännös tulee sovellettavaksi esimerkiksi tilanteessa, jossa sähkön siirtotoimintaa harjoittava erityisalojen hankintayksikkö hankkisi sähköisiä keittiölaitteita myytäväksi edelleen asiakkailleen. Säännösten ulkopuolelle jäävistä hankinnoista on pyynnöstä ilmoitettava Euroopan komissiolle kaikki tuotteiden ja toimintojen ryhmät, joita ne pitävät soveltamisalaan kuulumattomina.⁶ KKV toteaa, että lainkohdassa säädetyn poikkeuksen soveltamisedellytyksistä ei ole oikeuskäytäntöä.

Erytisalojen hankintadirektiivin⁷ 18 artiklassa jälleenmyyntiä koskeva yleinen soveltamisalapoikkeus on määritelty seuraavasti: ”Tätä direktiiviä ei sovelleta hankintasopimuksiin, joiden tarkoituksena on jälleenmyynti tai leasing kolmansille osapuolille, jos hankintayksiköllä ei ole erityis- tai yksinoikeutta myydä tai vuokrata näiden hankintasopimusten kohdetta ja jos muut yksiköt voivat myydä tai vuokrata sen samoin edellytyksin kuin hankintayksiköt.”

Virasto toteaa, että erityisalojen hankintalaissa käytetään käsitettä ulkopuolisille jälleenmyynti, kun taas erityisalojen hankintadirektiivissä puhutaan kolmansille osapuolille jälleenmyynnistä. Virasto toteaa, että

⁶ HE 108/2016 vp s. 261.

⁷ Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2014/25/EU, annettu 26 päivänä helmikuuta 2014, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja postipalvelujen alalla toimivien yksiköiden hankinnoista ja direktiivin 2004/17/EY kumoamisesta.

26.4.2021

erityisalojen hankintalaissa käytettyä käsitettä ”ulkopuolinen” tulee tulkita yhtenevästi direktiivissä käytetyn käsitteen ”kolmas osapuoli” merkityssisällön kanssa. Virasto katsoo, että käsitteen tulkinnan ja soveltamisalapoikkeuksen edellytysten kannalta keskeistä on siten sen arviointi, onko hankintayksiköllä säännöksen tarkoittamaa erityis- tai yksinoikeutta myydä tai vuokrata hankinnan kohdetta tai voivatko muut yksiköt myydä tai vuokrata sen samoin edellytyksin kuin hankintayksiköt. Jälleenmyynnin olosuhteita ja poikkeuksen soveltumista tulee arvioida siitä näkökulmasta, toimiiko hankintayksikkö jälleenmyyntitilanteessa samoin edellytyksin kuin muut mahdolliset markkinoilla toimivat tahot ja tapahtuuko hankinnan jälleenmyynti lain esitöiden mukaisessa kilpailullisessa ympäristössä.

Osapuolten välisen sidonnaisuuden merkitys arvioitaessa hankinnan jälleenmyynnin kilpailullisuuden toteutumista

Lain esitöissä ei ole tarkemmin määritelty, mille tahoille hankintojen jälleenmyynti kuuluu soveltamisalapoikkeuksen piiriin. Elvera Oy:n näkemys lainkohdasta on, että myynti kaikille muille kuin Elveran omistajille on lainkohdassa tarkoitettua myyntiä ulkopuolisille.

Virasto katsoo, että lainkohdan edellytyksiä arvioitaessa tulee tarkastella jälleenmyyjän ja ostajan mahdollista keskinäistä sidonnaisuutta Elvera Oy:n esittämää näkemystä laajemmin. Mikäli osapuolten sidonnaisuudesta seuraa jälleenmyyjälle erityis- tai yksinoikeus hankinnan kohteen myyntiin taikka se, että muilla yksiköillä ei ole ollut samoja edellytyksiä hankinnan kohteen myyntiin kuin hankintayksiköllä, hankinnan kilpailuttamatta jättämistä ei voida perustella lain jälleenmyyntipoikkeuksella. Virasto katsoo, että jälleenmyyvä hankintayksikkö voi olla lainkohdan soveltamisedellytysten kannalta merkityksellisellä tavalla sidoksissa myös muihin tahoihin kuin omiin omistajiinsa.

Virasto toteaa, että erityisalojen hankintalaissa hankintasopimuksen osapuolten keskinäisellä sidonnaisuudella on merkitystä, kun arvioidaan, sovelletaanko hankintaan erityisalojen hankintalakia. Esimerkiksi julkisen yrityksen hankinnat sidosyritykseltään, yhteisyrityksen hankinnat siihen kuuluvalta hankintayksiköltä taikka hankintayksikön hankinnat yhteisyritykseltään⁸ eivät kuulu erityisalojen hankintalain soveltamisalaan. Näiltä tahoilta hankintoja voidaan poikkeuksellisesti tehdä suora hankintoina ilman erityisalojen hankintalain mukaista kilpailuttamista, mikäli sidonnaisuuden lisäksi muut mahdolliset sidosyksikköjärjestelyn edellytykset, esimerkiksi ulosmyynnin osalta, täyttyvät.

⁸ Näihin erityisalojen hankintalain 27 §:n ja 28 §:n mukaisiin soveltamisalapoikkeuksiin sekä muihin erityisalojen hankintalain sidosyksikköjärjestelyihin viitataan jäljempänä käsitteellä ”erityisalojen hankintalain mukaiset sidosyksikköjärjestelyt”.

26.4.2021

Virasto katsoo, että ainakin sellaisissa tilanteissa, joissa hankintayksikkö voi halutessaan tehdä suorahankinnan haluamaltaan yksiköltä osapuolten keskinäisen sidonnaisuuden perusteella, muilla markkinoilla toimivilla tahoilla ei ole samoja edellytyksiä myyntiin kuin hankintayksikköön sidoksissa olevalla, hankinnan jälleenmyyvällä hankintayksiköllä, eikä jälleenmyynti tapahdu kilpailullisissa olosuhteissa.

Erityisalojen hankintalain mukaisen yhteisyritysaseman merkitys arvioitaessa jälleenmyynnin kilpailullisuuden toteutumista

Erityisalojen hankintalain 28 §:n 1 momentin mukaan erityisalojen hankintalakia ei sovelleta hankintoihin, jotka hankintayksikkö tekee yhteisyritykseltä tai yhteisyritys tekee siihen kuuluvalta hankintayksiköltä. Pykälän 2 momentin mukaan ensimmäisessä momentissa säädetyn soveltaminen edellyttää, että yhteisyritys on perustettu erityisalojen hankintalaissa tarkoitettun toiminnan harjoittamiseksi vähintään kolmen vuoden ajaksi ja että yhteisyrityksen perustamisasiakirjassa todetaan yhteisyrityksen perustaneiden hankintayksiköiden kuuluvan siihen vähintään saman ajan.

Pykälää koskevissa lain esitöissä on todettu, että yhteisyrityksestä olisi kyse esimerkiksi tilanteessa, jossa hankintayksiköiden ryhmittymä perustaisi yhteisen yrityksen harjoittamaan tiettyä erityisalatoimintoa kuten energiahuoltoa tai liikenneverkkoihin liittyviä toimintoja. Lainkohdan edellytysten täytyessä hankintayksiköt voisivat tehdä lain soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja yhteisyritykseltä, ja yhteisyritys voisi samoin antaa tietyn sille annetun tehtävän osa-alueen sen omistajana olevalle yritykselle. Suomessa yhteisyrityksiä on käytetty energia-alalla johtuen siitä, että esimerkiksi voimalaitosinvestoinnit ovat erittäin suuria ja edellyttävät alan yritysten yhteistyötä. Edellisen hankintalain voimaoloaikana epäselvyyttä on ollut muun muassa siitä, mikä on perustamisasiakirjan ja yhteisyrityksenä toimimisen välinen suhde. Asian selkeyttämiseksi esitöissä todetaan, että mikäli yhteisyritys on jo käytännössä toiminut kolmen vuoden aikana yhteisyrityksenä ja sen perustaneet hankintayksiköt ovat kuuluneet siihen saman ajan, ei erilliselle perustamisasiakirjan osoittamiselle olisi tarvetta.⁹

Elvera Oy jälleenmyi edellä kuvatulla tavalla helikopteripalveluita Enerva Oy:lle. Elvera Oy on todennut virastolle antamassaan selvityksessä, että Enerva Oy on erityisalojen hankintalain mukainen yhteisyritys, jonka omistajia ovat Elvera Oy (40 %), Lappeenrannan Energiaverkot Oy (20 %), Järvi-Suomen Energia (20 %) sekä Kymenlaakson Sähköverkko Oy (20 %). Enerva Oy on myös itse toimittanut virastolle selvitystä erityisalojen hankintalain mukaisesta yhteisyritysasemastaan sekä harjoittamastaan erityisalojen hankintalain mukaisesta toiminnasta.

⁹ HE 108/2016 vp s. 264.

26.4.2021

Enerva Oy on virastolle toimittamansa selvityksen perusteella sekä erityisalojen hankintalain 5 §:n mukainen julkinen yritys, että lain 28 §:n mukainen yhteisyritys, josta Elvera Oy omistaa 40 %. Virasto toteaa, että Enerva Oy on voinut tehdä helikopteripalveluiden suorahankinnan Elvera Oy:ltä erityisalojen hankintalain mukaisen yhteisyritysaseman johdosta. Jälleenmyynnissä ei ole siten ollut kyse tilanteesta, jossa hankinta on jälleenmyyty ulkopuoliselle taholle kilpailullisissa olosuhteissa. Erityisalojen hankintalaissa asetettu edellytys, jonka mukaan hankintayksiköllä ei saa olla erityis- tai yksinoikeutta myydä hankinnan kohdetta ja muiden yksiköiden tulee voida myydä sen samoin edellytyksin kuin hankintayksikkö, ei nyt arvioitavassa tapauksessa täyty.

Jälleenmyynnin todellisten olosuhteiden kilpailullisuus

Virasto on arvioinut osapuolten sidonnaisuuden lisäksi jälleenmyynnin todellisten olosuhteiden vaikutusta jälleenmyynnin kilpailullisuudelle. Virastolle antamassaan selvityksessä Elvera Oy totesi hankintojen suunnittelusta ja valmistelusta seuraavaa: "[poistettu tieto salassa pidettävä JulKL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella]. Hankinnan laajuuden perusteena on kulloisenkin asiakkaan tiedossa oleva tarvearvio ja hankinnan kohde hankitaankin vasta siinä yhteydessä, kun laajuudesta ja osapalveluista on yhteisymmärrys asiakkaan kanssa. [poistettu tieto salassa pidettävä JulKL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella]."

Hankintayksikön antaman selvityksen mukaan tarjouspyynnön perustana on ollut asiakkaiden kanssa etukäteen neuvoteltu erikoispalveluita koskeva tarvearvio sekä asiakkaiden kanssa saavutettu yhteisymmärrys hankinnan laajuudesta ja osapalveluista. Virasto katsoo, että tilanteessa, jossa Elvera Oy on ennen tarjouspyynnön julkaisemista ja hankintasopimusten allekirjoittamista saavuttanut yhteisymmärryksen hankinnan tarpeesta ja hankintaan liittyvistä yksityiskohdista hankinnan lopullisten ostajien kanssa, jälleenmyyntiympäristö ei ole ollut aidosti kilpailullinen. Virasto toteaa, että osapuolten keskinäisestä sidonnaisuudesta annetun selvityksen lisäksi myös hankinnan valmistelusta annettu selvitys tukee tämän tapauksen olosuhteissa johtopäätöstä, että jälleenmyynti ei ole tapahtunut kilpailullisessa ympäristössä.

Virasto toteaa vielä näkemyksenään, että pelkästään se seikka, että Enerva Oy olisi niin halutessaan voinut myös itse toteuttaa tarvitsemiensa helikopteripalveluiden kilpailuttamisen ja hankinnan, ei riitä osoittamaan, että Elvera Oy on käsillä olevaa sopimusta jälleenmyynnissään toiminut kilpailullisessa ympäristössä.

Yhteenveto hankintamenettelyn lainmukaisuudesta

Virasto toteaa, että Elvera Oy:n Järvi-Suomen Energia Oy:n verkon helikopterisahausta ja tarkistuslentoja sekä kaikkien verkkojen häiriöaikaisia partiolentoja koskevassa sopimuksessa ei ole ollut kyse eri-

26.4.2021

tyisalojen hankintalain 19 §:n mukaisesta hankinnasta, jonka tarkoituksena on jälleenmyynti tai vuokraus ulkopuolisille tahoille tilanteessa, jossa hankintayksiköllä ei ole erityis- tai yksinoikeutta myydä tai vuokrata hankinnan kohdetta ja muut yksiköt voivat myydä tai vuokrata sen samoin edellytyksin kuin hankintayksiköt. Virasto toteaa, että tämä sopimus on kuulunut erityisalojen hankintalain soveltamisalaan.

Järvi-Suomen Energia Oy:n verkon helikopterisahausta ja tarkistuslentoja sekä kaikkien verkkojen häiriöaikaisia partiolentoja koskevan sopimuksen lisäksi Elvera Oy on tarjouspyyntönsä perusteella solminut myös Kymenlaakson Sähköverkko Oy:lle jälleenmyydyin helikopterisahausta koskevan sopimuksen, jonka kokonaisarvo on ollut *[poistettu tieto salassa pidettävä JulKL 24 §:n 1 mom 20-kohdan perusteella, arvo alittaa soveltuvan EU-kynnysarvon]* euroa. Virasto katsoo, että se ei asiaa arvioidessaan ole voinut hallintokantelumenettelyssä annettavan ratkaisun edellyttämällä varmuudella todeta myös tämän sopimuksen kuuluvan erityisalojen hankintalain soveltamisalaan, joten virasto katsoo mahdolliseksi, että tarjouspyynnön mukainen luonteva hankintakokonaisuus on sisältänyt sekä erityisalojen hankintalain soveltamisalaan kuuluvia että soveltamisalaan kuulumattomia osia.¹⁰

Sekamuotoisia sopimuksia koskevien oikeusohjeiden mukaisesti tilanteessa, jossa sopimuksen osat voidaan objektiivisesti tarkastellen erottaa toisistaan, hankintayksikkö voi jakaa sopimuksen lain soveltamisalaan kuuluvaksi ja lain menettelysääntöjen mukaan kilpailutettavaksi sopimukseksi sekä toiseksi sopimukseksi, johon ei sovellettaisi hankintalainsäädäntöä.¹¹ Asian arvioinnin lopputuloksena virasto toteaa, että Elvera Oy:n olisi tullut kilpailuttaa ainakin Järvi-Suomen Energia Oy:n verkon helikopterisahausta ja tarkistuslentoja sekä kaikkien verkkojen häiriöaikaisia partiolentoja koskevan sopimus julkaisemalla tästä hankinnasta erityisalojen hankintalain mukainen hankintailmoitus.

Johtopäätös

Kilpailu- ja kuluttajavirasto katsoo, että Elvera Oy ei ole toiminut hankinnassaan erityisalojen hankintalain mukaisesti. Edellä ilmenevillä perusteilla Kilpailu- ja kuluttajavirasto kiinnittää Elvera Oy:n huomion erityisalojen hankintalain oikeusohjeisiin, erityisesti lain 19 §:n jälleenmyyntiä koskevan soveltamisalapoikkeuksen edellytyksiin.

¹⁰ Virasto katsoo, että erityisalojen hankintadirektiivin ja lain esitöiden perusteella nyt käsillä olevassa tapauksessa on epäselvää muun muassa se, voidaanko mahdollisen sidosyksikköaseman täytyessä katsoa muiden yksiköiden kuitenkin voivan erityisalojen hankintalain 19 §:n tarkoittamalla tavalla myydä palvelua samoin edellytyksin kuin hankintayksikkö silloin kun jälleenmyytävä sopimus alittaa rahalliselta arvoltaan siihen soveltuvan erityisalojen hankintalain mukaisen kynnysarvon.

¹¹ HE 108/2016 vp s. 259 ja s. 88.

26.4.2021

Sovelletut säännökset

Laki vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja postipalveluiden alalla toimivien yksiköiden julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016) 1 §, 4 §, 5 §, 6 §, 11 §, 13 §, 14 §, 18 §, 19 §, 28 § sekä 127 §; Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1398/2016) 139 § sekä hallintolaki (434/2003) 53 c §.

Muutoksenhaku

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 164 §:n perusteella tähän Kilpailu- ja kuluttajaviraston päätökseen ei saa hakea muutosta valittamalla.

Lisätietoja asiasta antaa erityisasiantuntija Johanna Kirveskoski, puhelin 029 505 3710, sähköposti etunimi.sukunimi@kkv.fi.

Ylijohtaja

Timo Mattila

Erityisasiantuntija

Johanna Kirveskoski