

KORKEIMMAN HALLINTO-OIKEUDEN PÄÄTÖS

Antopäivä 1 (16)
17.12.2020
Taltionumero
4368
Diaarinumero
1962/2/19

Asia Julkista hankintaa koskeva valituslupahakemus ja valitus

Valittaja Paraisten kaupunki

Päätös, jota valitus koskee

Markkinaoikeus 29.3.2019 nro 141/19

Kilpailu- ja kuluttajaviraston esitys

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on 10.4.2018 tehnyt markkinaoikeudelle esityksen, jonka kohteena on ollut Paraisten kaupunginvaltuuston päätös 6.6.2017 § 76 luovuttaa ruokapalvelutoimintansa liikkeenluovutuksena Arkea Oy:lle ja tehdä sen kanssa palvelusopimus 1.9.2017 alkavalle seitsemän vuoden sopimuskaudelle ja mahdolliselle kahden vuoden optio-kaudelle. Kilpailu- ja kuluttajavirasto on esityksessään vaatinut, että markkinaoikeus

1. määrää palvelusopimuksen tehottomaksi vielä täyttämättä olevien sopimusvelvoitteiden osalta,
2. määrää Paraisten kaupungin maksamaan valtiolle seuraamusmaksuna 200 000 euroa ja
3. kumoaa 6.6.2017 tehdyn hankintapäätöksen § 76.

Toissijaisesti Kilpailu- ja kuluttajavirasto on vaatinut, että mikäli markkinaoikeus jättää tehottomuusseuraamuksen määräämättä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä, markkinaoikeus tehottomuusseuraamuksen sijaan lyhentää palvelusopimuksen sopimuskauden päättymään kuuden kuukauden kuluttua päätöksensä lainvoimaiseksi tulemisesta lukien

Markkinaoikeuden ratkaisu

Markkinaoikeus, jossa Kilpailu- ja kuluttajavirasto on ollut esityksen tekijänä, Paraisten kaupunki hankintayksikkönä ja Arkea Oy kuultavana, on valituksenalaisella päätöksellään määrännyt Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n välillä 9.8.2017 allekirjoitetun palvelusopimuksen, joka on koskenut Paraisten kaupungin ruokapalveluita, sopimuskauden päättymään seitsemän kuukauden kuluttua markkinaoikeuden päätöksen lainvoimaiseksi tulosta.

Markkinaoikeus on lisäksi määrännyt Paraisten kaupungin maksamaan valtiolle seuraamusmaksuna 200 000 euroa. Markkinaoikeus on hylännyt Kilpailu- ja kuluttajaviraston vaatimukset enemmälti. Markkinaoikeus on lisäksi hylännyt Paraisten kaupungin oikeudenkäyntikuluvaatimuksen.

Markkinaoikeus on perustellut päätöstään seuraavasti:

Hankinta hankintayksikön sidosyksiköltä

Hankintalain 15 §:n 1 momentin mukaan lakia ei sovelleta hankintaan, jonka hankintayksikkö tekee sidosyksiköltään. Sidosyksiköllä tarkoitetaan hankintayksiköstä muodollisesti erillistä ja päätöksenteon kannalta itsenäistä yksikköä. Lisäksi edellytyksenä on, että hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa. Sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa.

Mainitun pykälän 5 momentin mukaan hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista ja hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategiaan tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin. Lisäksi edellytyksenä on, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

Mainitun momentin esitöiden (HE 108/2016 vp s. 104) mukaan hankintayksiköiden katsotaan yhdessä käyttävän määräysvaltaa 1 momentissa tarkoitettuun sidosyksikköön, jos sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista. Yksittäinen edustaja voi kuitenkin edustaa useita tai kaikkia osallistuvia hankintayksiköitä sidosyksikön hallintotoimielimessä. Yhteisen määräysvallan edellytyksenä on myös,

että hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategiaan tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin sekä se, että sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti.

Asiassa saadun selvityksen mukaan Paraisten kaupunginvaltuusto on päätöksellään 6.6.2017 § 77 myöntänyt 15 000 euron määrärahan Arkea Oy:n osakkeiden ostoon. Kauppakirjalla 19.9.2017 Paraisten kaupunki on ostanut Turun kaupungilta 1 000 kappaletta Arkea Oy:n osakkeita kauppahinnan ollessa 11 170 euroa. Kauppakirjaan kirjatun mukaisesti ostaja on sitoutunut noudattamaan kauppakirjaan liitettyä osakassopimusta, jonka mukaan mainitun osakekaupan jälkeen Turun kaupunki on omistanut yhtiöstä 789 289 osaketta. Muita osakkeenomistajia on ollut yhteensä kahdeksan ja yhtiön osakkeiden kokonaismäärä on ollut 801 000 kappaletta. Osakassopimuksen mukaan yhtiön vähintään viisi ja enintään kahdeksanjäseniseen hallitukseen jäsenet nimittää Turun kaupunki lukuun ottamatta yhtä jäsentä, jonka nimittää Varsinais-Suomen sairaanhoitopiiri. Muun hallinnon muodostaa hallituksen valitsema toimitusjohtaja.

Viitaten osakassopimuksessa yhtiön omistamisesta ja hallinnosta todettuun markkinaoikeus katsoo, että Paraisten kaupunki ei ole käyttänyt hankintalain 15 §:n 5 momentin mukaista määräysvaltaa Arkea Oy:öön, koska sen edustajat eivät ole osallistuneet yhtiön hallintoelimien toimintaan tai niiden jäsenten valintaan. Näin ollen Arkea Oy ei ole ollut suhteessa Paraisten kaupunkiin hankintalain 15 §:ssä tarkoitettu sidosyksikkö, jolta hankinnan tekeminen olisi ollut mahdollista ilman hankintalain mukaista kilpailuttamista.

Sopimuskokonaisuuden pääasiallinen luonne

Asiassa on seuraavaksi arvioitava, onko kysymys ollut Paraisten kaupungin esittämällä tavalla hankintalain tarkoittamasta sekamuotoisesta järjestelystä, jonka ensisijaisena tarkoituksena on ollut ruokapalveluhenkilöstön aseman turvaaminen eikä palvelujen hankkiminen, ja johon ei näin ollen tule soveltaa hankintalain julkisia hankintoja koskevia säännöksiä.

Hankintalain yleisestä soveltamisalasta on säädetty lain 6 §:ssä, jonka 1 momentin mukaan lakia sovelletaan 5 §:ssä tarkoitetun hankintayksikön suorittamiin hankintoihin ja käyttöoikeussopimuksiin siten kuin jäljempänä säädetään.

Hankintalain 4 §:n 1 ja 4 kohdan määritelmäsäännösten mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, joka on tehty yhden tai usean hankintayksikön ja yhden tai usean toimittajan välillä ja jonka tarkoituksena on rakennusurakan toteuttaminen, tavaran hankinta tai palvelun suorittaminen taloudellista vastiketta vastaan ja palveluhankintasopimuksella tarkoitetaan muuta kuin julkista rakennusurakkaa koskevaa hankintasopimusta, jonka kohteena on palvelujen suorittaminen.

Sekamuotoisten sopimusten osalta on hankintalain 7 §:n 2 momentissa säädetty, että lain soveltamisalaan kuuluvia hankintoja ja lain soveltamisalan ulkopuolelle jääviä hankintoja koskevaan sopimukseen sovelletaan tätä lakia, jos sopimuksen pääasiallisena kohteena ovat tämän lain soveltamisalaan kuuluvat hankinnat ja jos sopimuksen osia ei voida objektiivisesti erottaa toisistaan. Jos sopimuksen tässä momentissa tarkoitettut osat erotetaan lain soveltamisalaan kuuluviin ja sen ulkopuolelle jääviin osiin erillisiksi sopimuksiksi, tätä lakia sovelletaan tämän lain soveltamisalaan kuuluvaan hankintasopimukseen. Jos sopimuksen osat voidaan objektiivisesti erottaa toisistaan mutta sopimusta ei jaeta erillisiksi osiksi, sovelletaan sopimukseen tätä lakia riippumatta sopimuksen pääasiallisesta kohteesta.

Mainitun pykälän esitöissä (HE 108/2016 vp s. 87 ja 88) on muun ohella todettu, että pykälän 2 momentissa säädetään lain soveltamisesta tilanteissa, jossa samaan sopimukseen kuuluu sekä hankintalain soveltamisalaan kuuluvia hankintasopimuksia että soveltamisalan ulkopuolelle jääviä järjestelyjä.

Esitöissä on todettu, että hankintalain soveltamisala-arvioinnissa tulee ensiksi selvittää, voidaanko hankintalain piiriin ja sen ulkopuolelle jäävät osat objektiivisesti erottaa toisistaan. Jos osia ei voida objektiivisesti erottaa toisistaan ja tämän lisäksi hankinnan pääasiallisena kohteena on muu järjestely kuin lain soveltamisalaan kuuluva hankintasopimus, sopimukseen ei sovelleta hankintalakia.

Esitöissä on edelleen todettu, että unionin tuomioistuimen ratkaisussa yhdistetyissä asioissa C-145/08 ja C-149/08, Club Hotel Loutraki (EU:C:2010:247), arvioitiin hankintadirektiivien näkökulmasta muun ohella sopimusta, joka sisälsi välillisesti valtion omistaman yhtiön osakkeiden luovuttamista, yhtiön määräysvallan siirtämistä koskevia ehtoja sekä velvollisuuden vastata yhtiön toiminnasta ja tarjota niihin liittyviä palveluja. Edelleen sopimuksen kohteena oli kasino ympäröivien maa-alueiden kunnostus- ja parannustöitä. Ratkaisun mukaan sellaista seka-

muotoista sopimusta, jonka eri osat liittyvät hankintailmoituksen perusteella erottamattomalla tavalla toisiinsa ja muodostavat näin jakamattoman kokonaisuuden, on tarkasteltava yhtenä kokonaisuutena ja sitä on arvioitava sen pääasiallisena kohteena olevaan osaan tai sopimuksen hallitsevaan osatekijään sovellettavien säännösten perusteella.

Esitöissä on vielä todettu, että korkeimman hallinto-oikeuden vuosikirjaratkaisussa KHO 2011:47 arvioitiin sopimusjärjestelyä, jonka tarkoituksena oli hankkia kunnan vaatimuksen mukaiset koulutilat. Sopimusjärjestelyyn liittyi myös palveluhankintasopimus. Samalla päätöksellä päätettiin edelleen muun ohella vuokrata rahoittajalle tai sen määräämälle kiinteistöosaakeyhtiölle koulujen ja päiväkodin tontit 40 vuodeksi. Sopimusjärjestely muodosti ratkaisun mukaan jakamattoman sopimuskokonaisuuden, jonka osat eivät olleet erotettavissa toisistaan. Kun sopimuskokonaisuus pääasialliselta tarkoitukseltaan kuului hankintalain piiriin, sopimusjärjestelyyn tuli soveltaa hankintalainsäädäntöä.

Kuten jo edellä on todettu, Arkea Oy:n osakkeiden kauppahinta on ollut 11 170 euroa. Ruokapalveluun liittyvän 9.8.2017 päivätyn liiketoiminnan kauppakirjan, joka on koskenut ruokapalvelutoimintoja ja niihin kuuluvaa omaisuutta, henkilöstöä ja vastuita, mukainen kauppahinta on ollut 152 100,27 euroa. Kauppahinnasta ruokapalvelun käyttö- ja irtaimen omaisuuden osuus on ollut 125 120 euroa ja vaihto-omaisuuden 26 980,27 euroa.

Liiketoiminnan kauppakirjaan on liitetty vuokrasopimus, jolla Paraisten kaupunki on vuokrannut Arkea Oy:lle omistamiensa kiinteistöjen valmistuskeittiötilat oheistiloineen käytettäväksi ruokapalvelujen tuottamiseen. Vuokra-aika on ollut 1.9.2017–31.8.2024 ja lisäksi kahden vuoden pituinen optiokausi. Kuukausivuokran määrä on ollut sopimuskauden alussa 46 326 euroa. Laskettuna seitsemän vuoden osalta vuokrasopimuksen arvo on ollut sopimuksenmukaiset indeksikorotukset huomioon ottaen noin 3,9 miljoonaa euroa.

Liiketoiminnan luovutuksen yhteydessä Paraisten kaupunki on tehnyt 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. Sopimuksen mukaan palvelun hinta on perustunut ruokapalveluiden osalta keskimääräiseen suoritekohtaiseen veloitukseen ja laskutus on perustunut asiakkaan tilaamiin annosmääriin. Sopimuksella hankittavan palvelun arvonnlisäveroton kuukausiarvo on Paraisten kaupungin

esittämän mukaan ollut noin 200 000–240 000 euroa. Näin ollen palvelusopimuksen kokonaisarvo ilman optiokautta on ollut vähintään 16,8 miljoonaa euroa.

Markkinaoikeus katsoo, että tehdyt osakkeiden kauppaa koskeva sopimus ja siihen liittyvä osakassopimus, liiketoiminnan kauppa, valmistuskeittiötilojen vuokrasopimus ja ruokapalvelutoiminnan palvelusopimus ovat kuuluneet samaan sopimuskokonaisuuteen. Vuokrasopimus on osaltaan mahdollistanut Arkea Oy:lle palvelusopimuksen velvoitteiden täyttämisen. Tilanne on ollut sama liiketoiminnan kaupan osalta. Osakekauppa ja siihen liittyvä osakassopimus ovat puolestaan liittyneet kaupunginhallituksen päätöksen 22.5.2017 § 114 esittelijän perusteluissa todetulla tavalla aikomukseen muodostaa kaupan avulla kilpailuttamisvelvoitteesta vapauttava sidosyksikkösuhde Paraisten kaupungin ja Arkea Oy:n välille. Ottaen huomioon sopimusten liittyminen toisiinsa edellä kuvatulla tavalla, sekä edellä todetut sopimusten arvot, jotka on arvioitava sopimusten tekohetken olosuhteiden mukaisesti, markkinaoikeus katsoo, että sopimuskokonaisuuden pääasiallisena tarkoituksena on ollut ruokapalvelujen tuottaminen Paraisten kaupungille. Näin ollen kysymyksessä on ollut palveluhankinta, joka on kuulunut hankintalain kilpailuttamisvelvoitteen piiriin.

Perusteet suorahankinnan tekemiselle

Asiassa on vielä Paraisten kaupungin esittämän perusteella arvioitava, onko Paraisten kaupungilla ollut hankintalakiin perustuva oikeus toteuttaa ruokapalvelujen tuottamisen palveluhankinta suorahankintana. Tältä osin Paraisten kaupunki on esittänyt, että Arkea Oy on ollut Suomessa ja Euroopan unionin alueella ainoa ruokapalveluja tuottava yritys, joka noudattaa Avainta-työehtosopimusta, ja jolla on ollut riittävät resurssit tuottaa palvelusopimuksen kattamat palvelut kaksikielisesti Paraisten kaupungin alueella, mukaan lukien saaristo.

Suorahankinnan edellytyksistä edellä esitettyyn liittyen on säädetty hankintalain 40 §:ssä, jonka 2 momentin 2 kohdan mukaan hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä vain tietty toimittaja voi toteuttaa hankinnan; lisäedellytyksenä on, että järkeviä vaihtoehtoisia tai korvaavia ratkaisuja ei ole eikä kilpailun puuttuminen johdu hankinnan ehtojen keinotekoisesta ka-ventamisesta.

Mainitun lainkohdan esitöiden mukaan (HE 108/2016 vp s. 134 ja 135) suorahankinta on mahdollinen, jos vain tietty toimittaja voi toteuttaa

hankinnan, koska kilpailua ei ole teknisestä tai yksinoikeuden suojaamiseen liittyvästä syystä. Säännös perustuu hankintadirektiivin 32 artiklan 2 kohdan b alakohdan ii ja iii alakohtiin. Hankintadirektiivin johdanto-osan 50 perustelukappaleen mukaan, jos kilpailun puute johtuu teknisistä syistä, nämä syyt on määriteltävä tarkasti ja perusteltava tapauskohtaisesti. Hankintayksikön on esimerkiksi osoitettava, että muun toimittajan on teknisesti lähes mahdotonta saavuttaa vaadittu suoritustaso tai että on tarpeen käyttää erityistä tietotaitoa, välineitä tai keinoja, joita ainoastaan yhdellä toimittajalla on käytettävissään.

Esitöissä on vielä todettu muun ohella, että yksinoikeuden suojaamisen vuoksi suora hankinta on mahdollinen esimerkiksi silloin, kun hankintaa ei voida kilpailuttaa ainoan mahdollisen toimittajan suojattujen immateriaalioikeuksien vuoksi. Säännöksen käyttötilanteiden tulee olla perusteltuja. Hankintadirektiivin johdanto-osan 50 perustelukappaleen mukaan kyseessä tulee olla objektiivinen yksinoikeus siten, että hankintayksikkö ei ole itse saanut aikaan yksinoikeutta. Säännöksen tarkoittamana syynä ei voi siten olla esimerkiksi hankintayksikön ilman pakottavaa syytä toteuttamat toimet tai tekemät sopimukset, joilla taataan tietyille palveluntarjoajalle yksinoikeus palvelujen tuottamiseen taikka hankintojen puutteellisesta suunnittelusta aiheutuvat tilanteet, jollainen voi olla kysymyksessä muun muassa hankintatarpeen tultua vajavaisesti kartoitetuksi etukäteen. Suorahankintaa käyttävien hankintayksiköiden on perusteltava, miksi ne eivät voi käyttää vaihtoehtoja, vastaavia tai korvaavia tuotteita tai ratkaisuja. Suorahankintaperustetta ei saa käyttää, jos kilpailun puuttuminen johtuu hankinnan ehtojen keinotekoisesta ja hankinnan tarpeisiin nähden perusteettomasta määrittelystä.

Markkinaoikeus katsoo, että Paraisten kaupunki ei ole esittänyt mitään selvitystä siitä, että Arkea Oy olisi ollut ainoa mahdollinen palveluntarjoaja, joka noudattaa Avainta-työehtosopimusta tai joka olisi hankintayksikön kilpailutuksen yhteydessä esittämän vaatimuksen perusteella voinut työsuhteissaan noudattaa mainittua työehtosopimusta tai sitä vastaavia työsuhteen ehtoja. Koska ruokapalvelujen tuottamista koskevaa palvelusopimusta ei ole kilpailutettu, asiassa ei ole esitetty mitään selvitystä siitä, että ainoastaan Arkea Oy:llä olisi ollut riittävät resurssit toteuttaa palvelu hankintayksikön edellyttämällä tavalla tai että se muulla perusteella olisi ollut ainoa mahdollinen palveluntarjoaja. Asiaa ei anna aiheutta arvioida toisin se, että Paraisten kaupunki on esittänyt neuvotteleensa ruokapalveluiden järjestämisestä yhden alan elinkeinonharjoittajan kanssa. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, että nyt kysymyksessä olevassa palveluntarjoajan valinnassa ei ole täyttynyt hankintalain 40 §:n 2 momentin 2 kohdan suorahankintaperuste.

Edellä lausutun perusteella markkinaoikeus katsoo, että Paraisten kaupunki on menetellyt hankintasäännösten vastaisesti hankkiessaan ruokapalvelujen tuottamisen Arkea Oy:ltä suoramankintana sitä kilpailuttamatta. Kun kysymyksessä olevan hankinnan arvo on ylittänyt hankintalain 25 §:n mukaiset liitteen E mukaisia palveluja koskevat kynnysarvot ja 26 §:n mukaisen palveluhankintojen EU-kynnysarvon, asiassa tulee KKV:n esityksestä harkittavaksi seuraamuksen määrääminen.

Seuraamusten määrääminen

Hankintalain 141 §:n 1 momentin mukaan, jos hankintayksikkö on tehnyt EU-kynnysarvot ylittävän hankinnan tai kansalliset kynnysarvot ylittävän liitteessä E tarkoitetun palveluhankinnan tai käyttöoikeussopimuksen suoramankintana ilman tässä laissa säädettyä perustetta ja jos asiassa jo on tehty hankintasopimus, Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi esittää markkinaoikeudelle:

- 1) tehottomuusseuraamuksen määräämistä;
- 2) seuraamusmaksun määräämistä;
- 3) sopimuskauden lyhentämistä;
- 4) hankintapäätöksen kumoamista, edellyttäen, että virasto on esittänyt 1 kohdassa tarkoitetun seuraamuksen määräämistä.

Mainitun pykälän 1 momentin esitöiden (HE 108/2016 vp s. 235) mukaan Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi esittää markkinaoikeudelle tehottomuusseuraamuksen ja seuraamusmaksun määräämistä tai yksinomaan seuraamusmaksun määräämistä, kun hankintayksikkö on tehnyt laitton suoramankinnan. Kilpailu- ja kuluttajaviraston on seuraamusmaksua esittäessään otettava huomioon mitä ehdotetun lain 158 §:ssä säädetään seuraamusmaksun määräämisestä ja sen enimmäismäärästä markkinaoikeudessa.

Esitöissä on edelleen todettu, että Kilpailu- ja kuluttajavirasto voi esittää myös sopimuskauden lyhentämistä 158 §:n 2 momentissa tarkoitetuissa tilanteissa. Markkinaoikeus määrää vain ne seuraamukset, joita Kilpailu- ja kuluttajavirasto on esittänyt.

Esitöissä on vielä todettu, että Kilpailu- ja kuluttajavirastolla on toimivalta harkita yksittäistapauksissa, onko sopimuksesta tarpeen tehdä esitys markkinaoikeudelle. Se seikka, että hankintayksikkö ei ole tahallisesti toiminut hankintalain vastaisesti, ei estä seuraamuksen esittämistä. Selkeimmin seuraamuksen esittämistä koskevan kynnyksen ylittää ti-

lanne, jossa suoramarkkinointi näyttää olevan tehty hankintalain säännöksistä piittaamatta.

Hankintalain 158 §:n 2 momentin mukaan edellä 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettussa tapauksessa markkinaoikeus voi seuraamusmaksun määräämisen lisäksi tai sen sijasta lyhentää hankinta- tai käyttöoikeussopimuksen sopimuskauden päättymään määräämänsä ajan kuluttua.

Mainitun pykälän 3 momentin mukaan seuraamusta määrätessään 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.

Hankintalain 159 §:n 1 momentin mukaan markkinaoikeus voi Kilpailuja kuluttajaviraston 141 §:ssä tarkoitettua esityksestä:

- 1) määrätä hankintayksikölle tehottomuusseuraamuksen;
- 2) määrätä hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun;
- 3) määrätä sopimuskauden lyhennettäväksi;
- 4) kumota hankintapäätöksen.

Mainitun pykälän 2 momentin mukaan tehottomuusseuraamuksen määräämiseen sovelletaan, mitä 156 §:n 4 momentissa säädetään. Markkinaoikeus voi jättää määräämättä tehottomuusseuraamuksen 157 §:ssä säädettyillä 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.

Hankintalain 160 §:n 2 momentin mukaan määrätessään tässä laissa tarkoitetuista seuraamuksista markkinaoikeuden on otettava huomioon, että seuraamusten yhteisvaikutus ei saa muodostua hankintayksikön tai sen sopimuspuolen kannalta kohtuuttomaksi.

Hankintayksikkö on tehnyt esillä olevan palveluhankinnan suoramarkkinointina ilman hankintalaissa säädettyä perustetta. Näin ollen markkinaoikeus katsoo, että asiassa olisi edellytykset määrätä hankintayksikölle tehottomuusseuraamus.

Paraisten kaupunki on esittänyt, että tehottomuusseuraamuksen määrääminen vaarantaisi Paraisten kaupungin mahdollisuuden täyttää lakisääteinen velvollisuutensa ja aiheuttaisi merkittävää haittaa Paraisten päiväkotilaisille, koululaisille, vanhainkodin asukkaille, vuodeosaston poti-

laille, palvelutalojen asiakkaille ja kotiateriapalvelun varassa eläville, joiden kaikkien ruokahuolto on palvelusopimuksen varassa. Näin ollen tehottomuusseuraamus olisi jätettävä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä määräämättä.

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.

Mainitun pykälän esitöiden mukaan (HE 108/2016 vp s. 241) tehottomuusseuraamusta koskevien säännösten voimassaoloaikana markkinaoikeuden ratkaisukäytännössä yleiseen etuun liittyvänä pakottavana syynä on pidetty esimerkiksi hankinnan kohteena olevien palvelujen varassa oleville henkilöille kuten koulukuljetuksia käyttäville oppilaille tehottomuusseuraamuksesta koituvaa merkittävää haittaa.

Hankintalain 156 §:n 4 momentin mukaan markkinaoikeus määrää, mitä sopimuksen velvoitteita tehottomuusseuraamus koskee. Tehottomuusseuraamus voi koskea vain vielä täyttämättä olevia sopimusvelvoitteita.

Markkinaoikeus toteaa, että palvelusopimuksen 9.8.2017 mukainen seitsemän vuoden mittainen sopimuskausi on alkanut 1.9.2017. Sopimuksen mukaan laskutus perustuu tilattuihin annosmääriin ja tapahtuu kuukausittain jälkikäteen laskun maksuajan ollessa 30 päivää sen päiväyksestä.

Markkinaoikeus katsoo, että toteutettavien palvelujen luonne ja niiden laskutuksesta sovittu huomioon ottaen tehottomuusseuraamuksen määrääminen merkitsisi sopimuksen voimassaolon ja ruokapalvelun tuottamisen päättymistä hyvin pian päätöksen lainvoimaiseksi tulon jälkeen. Tämä merkitsisi sitä, että hankintayksikön olisi lähes mahdotonta välttää palvelutuotannon keskeytyminen. Näin ollen tehottomuusseuraamuksen määräämisestä aiheutuisi merkittävää haittaa Paraisten päiväkotilaisille, koululaisille, vanhainkodin asukkaille, vuodeosaston potilaille, palvelutalojen asiakkaille ja kotiateriapalvelun varassa eläville, joiden kaikkien ruokahuolto on palvelusopimuksen varassa. Tehottomuusseuraamus on siten jätettävä yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä määräämättä.

Koska tehottomuusseuraamus on jätettävä määräämättä, asiassa tulee harkittavaksi seuraamusmaksun määrääminen. Hankintayksikkö on menetellyt hankintasäännösten vastaisesti jättäessään hankinnan kilpailuttamatta. Asiaa ei anna aiheutta arvioida toisin se, mitä on esitetty sittemmin

toteutettavasta Arkea Oy:n jakautumisesta. Hankintayksikön virhettä ei voida pitää erityisen vähäisenä. Kun otetaan huomioon hankinnan arvo ja hankintayksikön virheen laatu markkinaoikeus katsoo, että Paraisten kaupunki on määrättävä maksamaan 200 000 euron suuruinen seuraamusmaksu. Tämän lisäksi tulee hankintalain vastaiseen suorahankintaan, joka on koskenut pitkää seitsemän vuoden mittaista sopimuskautta, kohdistaa sopimuskauden lyhentäminen.

Sopimuskauden lyhentämisen osalta Paraisten kaupunki on esittänyt tarvitsevänsä vähintään 12 kuukautta aikaa kilpailutuksen järjestämiseen. Markkinaoikeus katsoo, että riittävänä aikana uuden kilpailutuksen järjestämiselle on pidettävä hieman yli puolta vuotta. Näin ollen markkinaoikeus määrää sopimuskauden lyhennettäväksi siten, että se päättyy seitsemän kuukauden kuluttua tämän päätöksen lainvoimaiseksi tulosta.

Kun asiassa ei näin ollen tule määrättäväksi tehottomuusseuraamusta, asiassa ei ole perusteita kumota hankintapäätöstä.

Käsittely korkeimmassa hallinto-oikeudessa

Paraisten kaupunki on valituksessaan vaatinut, että korkein hallinto-oikeus kumoaa markkinaoikeuden päätöksen siltä osin kuin se koskee Paraisten kaupungille määrättyä seuraamusmaksua ja sopimuskauden lyhentämistä. Lisäksi valittaja on vaatinut, että korkein hallinto-oikeus velvoittaa Kilpailu- ja kuluttajaviraston korvaamaan sen oikeudenkäyntikulut korkeimmassa hallinto-oikeudessa viivästyskorkeineen.

Paraisten kaupunki on esittänyt perusteluina vaatimuksilleen muun ohella seuraavaa:

Markkinaoikeus ei ole riittävästi ottanut huomioon seuraamuksia määrätessään olosuhteita, jotka olivat käsillä sopimuksen tekohetkellä. Markkinaoikeus on myös sivuuttanut täysin Paraisten kaupungin korjaavat toimenpiteet. Paraisten kaupungille markkinaoikeusprosessista ja korjauksista aiheutunutta haittaa tulee pitää riittävänä seuraamuksena ja markkinaoikeuden määräämä seuraamusmaksu ja sopimuskauden lyhentäminen tulee kumota.

Paraisten kaupunki on toiminut ennen sopimuksen tekemistä avoimesti ja vilpittömästi. Kaupunki on tahattomasti erehtynyt Arkea Oy:n sidosyksikköasemasta. Arkea Oy:n vähemmistöosakkaina on useita Paraisten kaupungin kaltaisia kuntia. Paraisten kaupunki on luottanut siihen, että Arkea Oy:llä olisi ollut hankintalaissa tarkoitettu sidosyksikköasema

myös suhteessa pienomistajiin. Lisäksi selvitystoimien aikana sidosyksikköä koskevat oikeusohjeet olivat myös jossain määrin tulkinnanvaraisia. Paraisten kaupungin toiminta, sidosyksikkösäännösten epäselvyys ja päätöksentekohetken olosuhteet osoittavat, ettei Paraisten kaupunki ole pyrkinyt asiassa kiertämään hankintalain säännöksiä.

Paraisten kaupunki on yhdessä muiden Arkean osakkaiden kanssa ryhtynyt toimiin poistaakseen Arkean sidosyksikköasemaan liittyvän ongelman. Hankintalain vastainen olosuhde on poistunut 1.1.2019, kun palvelusopimus on siirtynyt Kaarea Oy:lle, joka on hankintalain mukainen omistajiensa sidosyksikkö. Korjaava toiminta tulee ottaa huomioon seuraamusmaksun määrää arvioitaessa.

Hankintalain mukaan hankintasopimukseen voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä, jos alkuperäinen sopimuskumppani korvataan uudella sopimuskumppanilla. Arkean osittaisjakautumisessa on kyse salitusta muutoksesta, eikä asiassa näin ollen ole enää perusteita määrätä sopimuskautta lyhennettäväksi.

Sopimus Arkean kanssa on ollut voimassa vain lyhyen aikaa 1.9.2017-31.12.2018. Seuraamusmaksun määrässä on erityisesti huomioitava sopimuksen tosiasiallinen kesto sekä Paraisten kaupungin vilpittömien mieli järjestelyyn ryhtymisessä. Seuraamusmaksun määrä on kohtuuton erityisesti, kun se on määrätty yhdessä sopimuskauden lyhentämisen kanssa. Ylipäänsä seuraamusmaksun määrääminen ja sopimuskauden lyhentäminen yhdessä on poikkeuksellista

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on antanut asiassa lausunnon, jossa on esitetty muun ohella seuraavaa:

Avoimuudella ja vilpittömyydellä ei ole merkitystä arvioitaessa hankintamenettelyn lainmukaisuutta. Sidosyksiköitä koskevat oikeusohjeet eivät ole olleet hankinnan tekohetkellä sillä tavalla epäselviä, että Paraisten kaupunki voisi niihin vedoten perustella tekemäänsä lainvastaista suorahankintaa.

Paraisten kaupunki ei olisi yhdessä Arkea Oy:n muiden osakkaiden kanssa tehnyt valituksessa mainittua järjestelyä, ellei Kilpailu- ja kuluttajavirasto olisi puuttunut Paraisten kaupungin lainvastaaiseen suorahankintaan ja tehnyt esitystä markkinaoikeudelle seuraamusten määräämiseksi. Hankintalain vastaisena suorahankintana tehty sopimus on siirretty Kaarea Oy:lle vasta sen jälkeen, kun Kilpailu- ja kuluttajavirasto on

puuttunut asiaan. Kaarea Oy:n sidosyksikköaseman edellytyksiä ei ole asiassa myöskään arvioitu.

Kilpailu- ja kuluttajaviraston puuttumisen jälkeen tehdyllä järjestelyllä ei voida katsoa olevan merkitystä arvioitaessa seuraamusten määräämiseen vaikuttavaa hankinnan arvoa tai hankintayksikön virheen laatua. Paraisten kaupunki on markkinaoikeuden vahvistamalla tavalla menetellyt hankinnassa hankintasäännösten vastaisesti, eikä kaupunki voi jälkikäteisellä järjestelyllä ja sopimuksen siirtämisellä välttyä seuraamuksilta.

Markkinaoikeus on Kilpailu- ja kuluttajaviraston esityksestä määrännyt seuraamusmaksun lisäksi sopimuskauden lyhennettäväksi, koska hankintalain vastainen suorahankinta on koskenut pitkää seitsemän vuoden mitaista sopimuskautta

Pelkkä sopimuskauden lyhentäminen ei ole riittävä seuraamus, kun huomioidaan hankintayksikön virheen laatu ja hankinnan arvo. Tehokas oikeussuoja ja hankintalainsäädännön tavoitteiden toteutuminen edellyttävät seuraamusmaksun määräämistä yhdessä sopimuskauden lyhentämisen kanssa.

Markkinaoikeuden määräämä 200 000 euron seuraamusmaksu on ollut oikeassa suhteessa hankinnan arvoon ja hankintayksikön virheen laatuun nähden. Seuraamusmaksu ei ole määrältään kohtuuton, kun otetaan huomioon niin hankinnan arvo toteutuneelta sopimuskaudelta kuin suunniteltu kokonaisarvo hankintasopimuksen tekohetkellä. Vaikka hankinnan arvo toteutuneelta sopimuskaudelta laskettaisiin keskimääräisen kuukausioston mukaan, on arvo noin 3,5 miljoonaa euroa, josta 200 000 euron seuraamusmaksu on noin 5,7 prosenttia. Hankinnan suunnitellusta kokonaisarvosta laskettuna seuraamusmaksu on puolestaan suuruudeltaan vain hieman yli prosentin, vaikka sopimuksen kokonaisarvossa ei otettaisi huomioon optiokausia. Seuraamusmaksun määrä on joka tapauksessa pienempi kuin Kilpailu- ja kuluttajaviraston aikaisemmin esittämät ja markkinaoikeuden määräämät seuraamukset, kun otetaan huomioon seuraamusmaksun määrä suhteessa hankinnan arvoon.

Paraisten kaupunki on antamassaan vastaselityksessä esittänyt muun ohella, että tässä asiassa hankinnan arvona tulee ottaa valituksen kohteena olleen palvelusopimuksen arvo, joka on ollut 3,9 miljoonaa euroa.

Paraisten kaupungin vastaselitys on lähetetty tiedoksi *Kilpailu- ja kuluttajavirastolle*.

Korkeimman hallinto-oikeuden ratkaisu

1. Valituslupahakemus hylätään. Korkein hallinto-oikeus ei siten anna ratkaisua valitukseen siltä osin kuin se koskee markkinaoikeuden määräämää sopimuskauden lyhentämistä.
2. Korkein hallinto-oikeus on seuraamusmaksun määräämistä koskevalta osin tutkinut asian. Valitus hylätään. Markkinaoikeuden päätöstä ei muuteta.
3. Paraisten kaupungin vaatimus oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta hylätään.

Perustelut

1. Sen perusteella, mitä muutoksenhakija on esittänyt ja mitä asiakirjoista muutoin ilmenee, asian saattamiseen korkeimman hallinto-oikeuden ratkaistavaksi ei julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain 165 §:n ja oikeudenkäynnistä hallintoasioissa annetun lain 126 §:n 1 momentti huomioon ottaen ole hallintolainkäyttölain 13 §:n 2 momentin mukaista valitusluvan myöntämisen perustetta.
2. Kun otetaan huomioon edellä ilmenevät markkinaoikeuden päätöksen perustelut ja perusteluissa mainitut oikeusohjeet sekä korkeimmassa hallinto-oikeudessa esitetyt vaatimukset ja asiassa saatu selvitys, markkinaoikeuden päätöksen muuttamiseen ei seuraamusmaksun määräämistä koskevalta osalta ole perusteita.
3. Asian näin päättyessä ja kun otetaan huomioon hallintolainkäyttölain (586/1996) 74 §, Paraisten kaupungille ei ole määrättävä maksettavaksi korvausta oikeudenkäyntikuluista korkeimmassa hallinto-oikeudessa.

Tätä kaikki asianomaiset noudattakoot.

Korkein hallinto-oikeus:

Kari Kuusiniemi
presidentti

Leena Äärilä
oikeusneuvos

Vesa-Pekka Nuotio
oikeusneuvos

Anne Nenonen
oikeusneuvos

Joni Heliskoski (t)
oikeusneuvos

Jukka Koivusalo
Asian esittelijä, esittelijäneuvos

Jakelu

| | |
|------------|---|
| Päätös | Paraisten kaupunki, oikeudenkäyntimaksu 6 140 euroa |
| Jäljennös | Kilpailu- ja kuluttajavirasto |
| | Kaarea Oy |
| | Markkinaoikeus |
| Ilmoitus | Oikeusrekisterikeskus |
| Asiakirjat | Korkein hallinto-oikeus |