

hankinnat.fi
upphandling.fi



Case-keskiviikko: Kuumat juhannusaiheet

Julkisten hankintojen neuvontayksikkö

19.6.2019

Webcast klo 13.00

Käyttöoikeussopimukset

Avustava lakimies Sanna-Mari Suojanen

Käyttöoikeussopimukset eli konsessiot

- Käyttöoikeussopimukset kilpailutetaan hankintalain 13 luvun mukaisesti
- Käyttöoikeussopimusdirektiivi (2014/23/EU)
- Kynnysarvo 500 000e (erityisaloilla 5 548 000 e)
- Ero normaaliin hankintasopimukseen palvelujen tarjoamisesta saatavassa vastikkeessa

- Käyttöoikeussopimuksen kohteina voivat olla:
 - » rakennusurakat (käyttöoikeusurakka 4 §:n 1 mom. 6 kohta)
 - » palvelut (palveluja koskeva käyttöoikeussopimus 4 §:n 1 mom. 7 kohta)



Palveluja koskeva käyttöoikeussopimus 4 §:n 1 mom. 7 kohta

- Taloudellista vastiketta vastaan tehty kirjallinen sopimus, jolla yksi tai usea hankintayksikkö siirtää muiden kuin käyttöoikeusurakkaa koskevien palvelujen tarjoamisen ja hallinnoimisen sekä siihen liittyvän toiminnallisen riskin yhdelle tai usealle toimittajalle ja jossa siirtämisen vastikkeena on joko yksinomaan palvelujen käyttöoikeus tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä

Käyttöoikeussopimuksen tunnusmerkistö

- Vastikkeellisuus
 - » palvelujen tarjoamisen vastikkeena on joko palvelun hyödyntämisoikeus yksinään tai tällainen oikeus ja maksu yhdessä
- Toiminnallisen riskin siirtyminen
 - » palvelun tarjoaja ottaa kantaakseen kyseisten palvelujen hyödyntämiseen liittyvän riskin: hankintayksikkö siirtää riskin täysimääräisesti tai pääosin
 - » riski markkinoiden epävarmuustekijöille alistumisesta
 - » jos hankintayksikkö takaa sopimus Kumppanille vähimmäistulon, joka on yhtä suuri tai suurempi kuin tehdyt investoinnit, ei järjestelyssä siirry toiminnallista riskiä
 - » riskin absoluuttisella määrällä ei ole vaikutusta käyttöoikeussopimuksen määrittelyssä

KHO:2019:63 Koulu- ja päiväkotikuvauspalvelut

- Hankintailmoitus kuvauspalveluja koskevasta käyttöoikeussopimuksesta julkaistu 7.11.2016
- Avoin menettely, puitejärjestely
- Ennakoitu arvo n. 2 milj.
- Valittaja esitti, ettei kyse ole käyttöoikeussopimuksesta vaan hankintasopimuksesta
- MAO: käyttöoikeussopimuksen edellytykset täyttyivät, eikä merkitystä ollut sillä, ettei hankintayksiköllä ollut lakisääteistä velvollisuutta järjestää kuvauspalveluita

KHO:n arviointia: Kuvauspalveluja koskeva suoritus?

- Liittyykö sopimuskumppanin suoritukseen välitön taloudellinen intressi hankintayksikölle?
 - » välitöntä taloudellista intressiä voi osoittaa hankinnan kohteelle asetetut lukuisat tai yksityiskohtaiset vaatimukset ja muut ehdot, joilla hankintayksikkö käyttää vaikutusvaltaa hankinnan toteuttamisessa (C-451/08 Helmut Müller)
 - Kuvauspalvelut liittyivät kaupungin järjestämisvastuulla olevaan toimintaan ja kuvauspalveluiden voitiin katsoa olevan kaupungin tarjoamaa toimintaa koulujen ja päiväkotien tiloissa
 - Kyse kaupungin hoitaakseen ottamasta tehtävästä, jolloin niihin liittyy kaupungin intressi hankinnan järjestämisestä ja kokonaistaloudellisesta edullisuudesta
- Välitön taloudellinen intressi oli käsillä, kun hankintayksikkö oli asettanut hankinnalle yksityiskohtaisia ehtoja ja vaatimuksia



KHO: Vastikkeellisuus ja riski?

- Vastikkeen elementti täyttyy asiassa, kun hankintayksikkö on antanut kuvauksen suorittaville toimijoille oikeuden hyödyntää kilpailutettuja palveluja kaupungin kouluissa ja päiväkodeissa ja periä kuvauspalveluista maksu kuvien ostajilta
- Palvelun tuottaja ottaa vastattavakseen myös kuvauspalveluiden hyödyntämiseen liittyvän riskin
 - » riski liittyy etenkin siihen, että koulut ja päiväkodit eivät järjestä kuvauksia, oppilaiden ja lasten huoltajat eivät osta kuvatuotteita tai jättävät kuvatuotteet maksamatta tai kuvauksista saatavat tulot eivät riitä kattamaan kuvaustoiminnasta aiheutuvia kustannuksia

→ Hankintayksikkö ei menetellyt hankintalain säädännön vastaisesti kilpailuttaessaan kuvauspalvelut käyttöoikeussopimuksina

MAO:171/19 Lääkkeiden koneellinen annosjakelupalvelu

- Hankintailmoitus julkaistu 6.2.2018 Liitteen E mukaisesta hankintasopimuksesta
- Hankinnan kohde: vanhuspalvelujen kotihoidon ja tehostetun palveluasumisen asiakkaiden lääkkeiden koneellinen annosjakelu
- Sopimuskausi 3+1v.
- Ennakoitu arvo n. 2,4 milj. e
- Valittaja: kyseessä on ollut käyttöoikeussopimus, josta olisi tullut julkaista sosiaali- ja terveystalvveluja sekä muita erityisiä palveluja koskevia käyttöoikeussopimuksia koskeva ennakoilmoitus

MAO:n arviointia riskistä (1/2)

- Hankinnan kohteena lääkkeiden jakelupalvelu, mutta MAO huomioi myös palveluntarjoajalle reseptilääkkeistä ja muista lääkinnällisistä tuotteista syntyvän tulon
- Tarjouspyyntöasiakirjojen mukaan asiakkaiden määrä sekä tilaajan toimipisteiden määrä saattoi vaihdella sopimuskauden aikana
- Sinänsä toimintaan liittyy riski altistua markkinoiden epävarmuustekijöille, mikäli hankinnan kohteena olevaa palvelua ei hyödynnetä lainkaan

MAO:n arviointia riskistä (2/2)

- Riskiä voitiin kuitenkin pitää lähinnä **teoreettisena**, eikä **todellisena**:
 - » Tarjouspyyntöasiakirjoissa kerrottu arvio käyttäjälukumääristä ja sen kehityksestä
 - » Palveluntuottajan sama alueellinen yksinoikeus
 - » Vähintään kaikki asiakkaiden reseptilääkkeet kuuluivat annosjakelun piiriin
 - » Lääkkeiden hinta ei muodostu puhtaasti markkinaehtoisesti
 - » Palvelun tarjoajalle syntyy jakelukustannuksia vasta, kun asiakas tilaa hankinnan kohteena olevaa palvelua

MAO:n lopputulos

- Toiminnallinen riski ei siirtynyt sillä **tavalla täysimääräisesti tai pääosin**, että hankittavaa palvelua voitaisiin pitää hankintalaissa tarkoitettuna palveluja koskevana käyttöoikeussopimuksena
- Hankintayksikkö ei ollut menetellyt hankintasäännösten vastaisesti kilpailuttaessaan hankinnan palveluhankintana
- Päätöksestä on valitettu

MAO:260/19: asiointi-, työmatka-, ja koululaisvuorojen joukkoliikennepalvelut

- Julkaistu EU-hankintailmoitus joukkoliikennepalveluista
- Avoin menettely
- Sopimuskausi 3+1v.
- Ennakoitu arvo n. 3,7 milj. e (kohde 4: 237 300/vuosi)
- Käytössä nk. "bruttomalli"
- MAO otti oma-aloitteisesti tutkittavakseen:
 - » Onko kyseessä hankintasopimus vai käyttöoikeussopimus
 - » Sovelletaanko hankintaan hankintalakia, erityisalojen hankintalakia vai hankintamenettelyn aloittamishetkellä voimassa ollutta joukkoliikennelakia

MAO:n arviointia riskistä

- Toiminnallisen riskin siirtyminen:
 - » *Matkalipputuloissa* ei altistumista markkinoiden epävarmuustekijöille (tilaaja sai lipputulot ja hankintayksikkö sitoutui maksamaan ajopäiviin ja sopimuskauden palveluihin perustuvan korvauksen)
 - » Yksin *rahdin kuljettamisesta* syntyneet *tulot* tai *mainos- ja myyntitulot* eivät osoittaneet täysimääräistä tai pääosittaista käyttöoikeuden ja liiketaloudellisen riskin siirtymistä
 - » Kirjauksia palvelutason määrän muutoksista ja niiden vaikutuksesta korvauksen suorittamiseen oli pidettävä normaaleina hankintasopimukseen liittyvinä ehtoina, ei indikaattoreina toiminnallisesta riskistä

MAO:n lopputulos

- Hankinnan todettiin liittyvän kaupungin erityisalatoimintaan (liikennepalvelujen järjestäminen tieliikenteen toimivaltaisena viranomaisena)
- Kyseessä ei kuitenkaan erityisalojen hankintalaissa tarkoitettu palveluja koskeva käyttöoikeussopimus eikä siten myöskään joukkoliikennelaissa tarkoitettu käyttöoikeussopimus
- Hankintayksikön olisi tullut soveltaa erityisalojen hankintalain menettelysäännöksiä hankintasopimuksen kilpailuttamiseen

Sidosyksiköt

Hankinta-asiantuntija Olli Jylhä

Johtava lakimies Katariina Huikko

Sidosyksikön tunnusmerkit (15 §)

1. Hankintayksiköstä muodollisesti erillinen ja päätöksenteon kannalta itsenäinen yksikkö
2. Ulosmyynti enintään 5% liikevaihdosta ja 500 000 €/vuosi (sote-yksiköt -> 10% 2022 asti)
3. Sidosyksikössä ei saa olla muiden kuin hankintayksiköiden pääomaa
4. Hankintayksikkö yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden kanssa käyttää määräysvaltaa yksikköön samalla tavoin kuin omiin toimipaikkoihinsa

Useiden omistajien sidosyksikkö:

- sidosyksikön toimielimet koostuvat kaikkien hankintayksiköiden edustajista
- hankintayksiköt voivat yhdessä käyttää ratkaisevaa päätösvaltaa sidosyksikön strategisiin tavoitteisiin ja tärkeisiin päätöksiin
- sidosyksikkö toimii määräysvaltaa käyttävien hankintayksiköiden etujen mukaisesti



MAO:141/19 Tausta

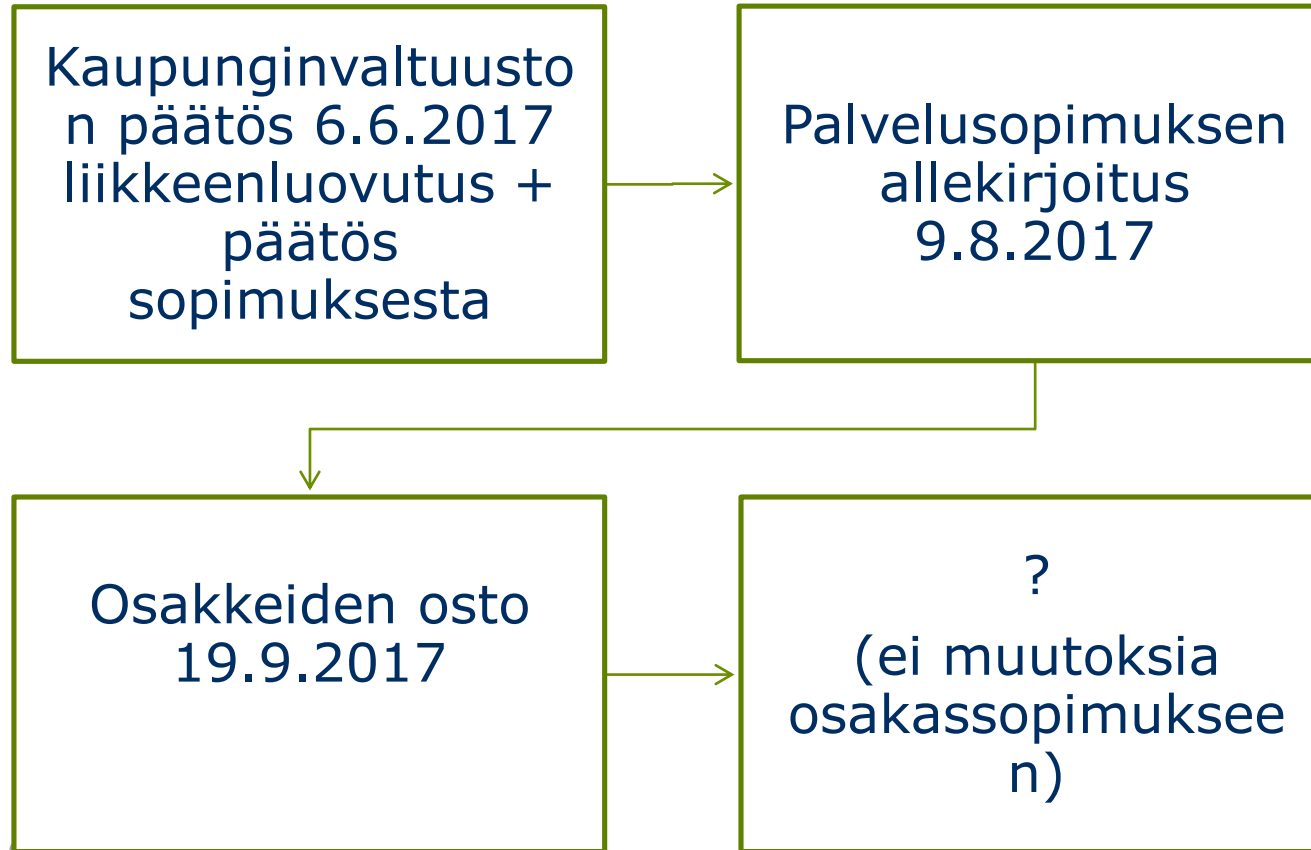
- Hankintayksikkö on lakkauttanut oman ruokapalvelutoimintansa liikkeenluovutuksella X Oy:lle
- Toimijoiden välille on solmittu palvelusopimus (7+2 vuotta)
- X Oy on kuntien ja kuntayhtymien omistama yhtiö, joka tuottaa ruoka-, siivous-, toimitila-, kiinteistönhoito- ja kunnossapitopalveluja omistajilleen
- Sopimuksen arvo 200 000 – 240 000 €/kk

MAO:141/19 KKV esitys MAO:lle

- 1) Palvelusopimuksen määrääminen tehottamaksi vielä täyttämättä olevien sopimusvelvoitteiden osalta
 - 2) määrää hankintayksikön maksamaan valtiolle seuraamusmaksun, jonka suuruudeksi KKV esittää 200 000 euroa sekä
 - 3) kumoaa hankintapäätöksen
- Vaihtoehtoisesti jos ei tehottomusseuraamusta yleiseen etuun liittyvistä pakottavista syistä, hankintasopimuksen lyhentäminen 6kk + seuraamusmaksu



MAO:141/19 Aikajana



MAO:141/19 Sidosyksikköhankinta?

- Hankintayksikkö ei ole käyttänyt hankintalain 15 §:n 5 momentin mukaista määräysvaltaa X Oy:öön, koska sen edustajat eivät ole osallistuneet yhtiön hallintoelimien toimintaan tai niiden jäsenten valintaan
- X Oy ei ole ollut suhteessa hankintayksikön hankintalain 15 §:ssä tarkoitettu sidosyksikkö, jolta hankinnan tekeminen olisi ollut mahdollista ilman hankintalain mukaista kilpailuttamista

MAO:141/19 Sopimuksen pääasiallinen kohde

- Hankintayksikön mukaan järjestelyn ensisijaisena tarkoituksena ruokapalveluhenkilöstön aseman turvaaminen eikä palvelujen hankkiminen.
- Hankintalakia ei siis pitäisi soveltaa sopimukseen

Hankintalain 7 §	Hankintalakia sovelletaan
Jos soveltamisalaan kuuluvaa hankinnan arvosta 50%	Kyllä
Voitaisiin hoitaa erillisinä kokonaisuuksina, mutta toteutetaan yhtenä kokonaisuutena	Kyllä
Ei voida erottaa toisistaan, hankintalain piiriin kuuluu alle 50% arvosta	Ei

MAO:141/19 Perusteet suorahankinnalle

- Hankintayksikön mukaan:
 - vain X Oy noudattaa Avainta-työehtosopimusta
 - alueelta ei löydy muita yksiköitä joilla on riittävät resurssit palveluntuotantoon
- MAO:
 - Kilpailun puuttuminen johtuu hankinnan ehtojen keinotekoisesta ja hankinnan tarpeisiin nähden perusteettomasta määrittelystä
 - Ei ole esitetty mitään selvitystä siitä, että ainoastaan X Oy:llä olisi ollut riittävät resurssit toteuttaa palvelu hankintayksikön edellyttämällä tavalla

MAO:141/19 Lopputulos

- Sopimuskausi määrättiin päättymään seitsemän kuukauden kuluttua MAO:n päätöksen lainvoimaiseksi tulosta
- Hankintayksikön tulee maksaa valtiolle seuraamusmaksuna 200.000 euroa
- Päätöksestä valitettu KHO:n

MAO:64/19 Elinvoimapalveluiden osto

- Hankintayksikkö on ostanut edunvalvonta-, seutuyhteistyö-, viestintä- ja elinvoimapalvelut Y Oy:ltä
- Y Oy:n ja kaupungin välillä on ollut sopimus loppuvuodesta 2011 lähtien hankinnan kohteena olevista palveluista
- Toimijoiden välille neuvoteltu uusi sopimus vuosittain
- Hankintayksikön osuus vuosisopimuksesta on noin 150 000 €/v (alv 0 %). Kuntien yhteissopimushinta on 248 000 €/v (alv 0 %)

MAO:64/19 Sidosyksikköasema

- Hankintayksikön suora omistusosuus yhtiössä Y on 11 prosenttia. Kuntien ja kaupunkien suora omistusosuus on hieman yli 50 prosenttia. Osakasluettelon perusteella osakkaina yhtiössä on toistakymmentä yksityistä yritystä
- Y Oy:n hallituksessa kunnilla 6 edustajaa, kuntayhtymällä 1 edustaja ja yrityksillä 3 edustajaa

MAO:64/19 Onko kyseessä ennen 2017 tehdystä sopimuksesta?

- Vuosittaiset sopimukset pyörineet vuodesta 2012 lähtien
- Viimeisin vuosittainen hankintapäätös tehty 27.2.2017
- Hankintayksikön hankintapäätöksessä ei ole viitattu aikaisempiin sopimuksiin
- Sopimukset on sopimusehdoissa määritelty nimenomaisesti vuoden pituisiksi
- MAO: hankintayksikkö on vasta 27.2.2017 hyväksynyt sopimuksen tehdystä suorahankinnasta
- Hankinta on siis ollut KKV:n toimivallan piirissä

MAO:64/19 Päätös

- MAO: hankintayksikkö on esittänyt erehtyneensä sidosyksikköluonteesta. Tätä erehdystä ei voida pitää sellaisena seikkana, jonka perusteella seuraamus voitaisiin jättää määräämättä
- MAO: sidosyksikköluonteen puuttuminen ei ole ollut tulkinnanvaraista vaan havaittavissa suoraan yhtiön omistustiedoista. Näin ollen hankintayksikön virhettä ei voida pitää erityisen vähäisenä
- Seuraamus: Hankintayksikön maksettavaksi 20.000 euron suuruinen seuraamusmaksu

MAO:559/18 Taustaa

- Kyseessä vanhan hankintalain (348/2007) aikainen tapaus
- X Oy on kuntien omista yritys jonka tarkoituksena on tuottaa kirjastojärjestelmiin liittyviä sovellus- ja asiantuntijapalveluita

MAO:559 / 18 Valittajan väitteet

- Valitus: Kyseessä ei ole sidosyksikköhankinta, koska (osalla) hankintayksiköillä ei ole riittävää määräysvaltaa toimijaan nähden
- Osakemäärä perustuu kunnan asukasmäärään, joten pienillä kunnilla ei ole tosiasiallista päätösvaltaa
- Asiaosaisuus: Valittaja on kirjastojärjestelmän tuottajana asianosaisasemassa. Päätöksessä on ollut väärä muutoksenhakuosoitus, joten MAO:n tulee tutkia valitus

MAO:559/18 Osakassopimus 1/2

- Osakassopimus-> osakeyhtiön osakkeenomistajien välinen sopimus, jossa sovitaan tyypillisesti osakkeenomistajien keskinäisistä suhteista sekä heidän suhteestaan yhtiöön
- Osakassopimuksen kirjaukset:
 - Yhtiön tarkoitus palvelemaan kuntia, jotka käyttävät kyseistä avoimen lähdekoodin kirjastojärjestelmää
 - yhtiön osakkeita voi omistaa vain suomalainen kunta sekä yhtiö itse
 - Yhtiön uusi osakkeenomistaja tulee osakassopimuksen osapuoleksi
 - Osapuolten tarkoituksena on hallinnoida ja kehittää yhtiön liiketoimintaa hyviä liiketapoja noudattaen ja siten, että yhtiö pystyy tuottamaan omistajakuntien tarvitsemat kirjastojärjestelmään liittyvät kehittämisspalvelut tehokkaasti. Kuntien etu tulee ottaa huomioon päätöksenteossa.



MAO:559/18 Osakassopimus 2/2

- Hallituksen kokoonpano ja valinta:
 - Ensimmäiset viisi vuotta perustajajäsenet määrittelevät hallituksen kokoonpanon. Tämän jälkeen yhtiökokous päättää hallituksen kokoonpanosta
 - Hallituksen jäsenten tehtävänä on edistää yhtiön ja sen kaikkien osakkeenomistajien etua riippumatta siitä, mikä taho on nimennyt heidät jäsenehdokkaaksi

MAO:559 / 18 Lopputulos

- Osakassopimusten mukaan hallitusten jäsenten tehtävänä on edistää yhtiön ja sen kaikkien osakkeenomistajien etua riippumatta siitä, mikä taho on nimennyt heidät jäsenehdokkaaksi.
- Yhtiön toiminnan tarkoitus kyseisen järjestelmän kehittäminen ja toiminta on voittoa tavoittelematonta
- X Oy:ssä hankintayksiköt käyttävät yhdessä määräys- ja valvontavaltaa hankintalain 10 §:ssä tarkoitetulla tavalla, eli kyseessä on sidosyksikkö
- Valittaja joutui korvaamaan hankintayksiköiden oikeudenkäyntikulut

MAO:207/18

- Kunta oli kilpailuttanut työterveyshuollon palvelut v. 2007 ja tehnyt sitä koskevan sopimuksen R ry:n kanssa.
- R ry ja F Oy tekivät liiketoimintakauppaa koskevan sopimuksen, jolla R ry:n työterveysliiketoiminta siirtyi F Oy:lle.
- Kunta ei ollut tehnyt uutta sopimusta F Oy:n kanssa, vaan toiminta on jatkunut v. 2007 sopimuksen pohjalta.
- Tapauksessa kyse myös mm. sopimusmuutoksen tekemisestä.
- Kunta esitti, että sen ja sen sopimus Kumppanina olleen työterveysyhtiön väliseen sopimukseen ei tullut soveltaa hankintasäännöksiä, koska työterveysyhtiö oli sen sidosyksikkö.



MAO:207/18

- MAO viittasi arvioinnissaan mm. Econord -ratkaisuun (C-182/11 ja C-183/11), jossa todetaan, että hankintaviranomaisen käyttämän ratkaisuvallan on oltava rakenteellista ja toiminnallista. Yhteinen määräysvalta ei voi perustua vain sille viranomaiselle, joka omistaa enemmistöosuuden ko. yksiköstä.
- Asiassa saadun selvityksen perusteella F Oy:n osakkeet omistaa T ry. Esitetyn selvityksen perusteella kyseisen yhdistyksen jäseniä ovat olleet ko. kunta, muutama muu hankintayksikkö sekä yli 700 yhtiötä tai muuta tahoa, jotka eivät ole hankintayksiköitä.
- F Oy:n hallitus koostuu kunnan edustajaa lukuun ottamatta T ry:n jäsenenä olevien yksityisten yritysten edustajista.
- Selvää on, että kunta ei yksin tai yhdessä muiden hankintayksiköiden käytä hankintasäännösten edellyttämää määräysvaltaa F Oy:ssä eikä sitä ole näin ollen pidettävä sellaisena kunnan sidosyksikkönä, jolta kunta voisi hankkia palveluita kilpailuttamatta. Muutakaan hankintalain mukaista perustetta kilpailuttamatta jättämiselle ei ole esitetty tai käynyt ilmi.

MAO:146/17

- Kaupunginhallitus oli päättänyt luovuttaa sairaanhoitopiirin kuntayhtymälle erilliseen sopimukseen perustuen alueet tulevan kaupunginosan kaivuumaiden ja louheen läjittämistä varten.
- Kaupunki maksoi kuntayhtymälle louhe-erästä toimitettuna sisältäen massojen vastaanottopaikan ja penkkojen ylläpidon kaiken toimitetun maa-aineksen osalta. Kauppahinta määräytyi toimitetun louhepenkan tarkastusmittauksen perusteella.
- Valituksessa esitettiin, ettei SHP-kuntayhtymä ollut kaupungin sidosyksikkö, koska kuntayhtymä on ollut itsenäinen oikeushenkilö. Pelkkä kaupungin osakkuus kuntayhtymässä ei ole oikeuttanut jättämään hankintaa kilpailuttamatta.
- Kaupunki esitti, että se on valvonut kuntayhtymää yhdessä muiden kuntien kanssa samalla tavoin kuin se on valvonut omia toimipaikkojaan, ja kuntayhtymä on harjoittanut pääosaa toiminnastaan niiden hankintayksikköjen kanssa, joiden määräysvallassa se on ollut.

MAO:146/17

- MAO arviointia:
- Kunta voi kuntalain 8 §:n 1 momentin mukaan järjestää sille laissa säädetyt tehtävät itse tai sopia järjestämisvastuun siirtämisestä toiselle kunnalle tai kuntayhtymälle. Lain 49 §:n 1 momentin mukaan kunnat tai kuntayhtymät voivat sopimuksen nojalla hoitaa tehtäviään yhdessä.
 - » Kuntalain 8 luvusta ilmenee, että kuntayhtymä on oikeushenkilö, jossa määräysvaltaa käyttävät sen jäsenenkunnat. Hankintalain esitöissä (HE 50/2006 vp s. 63) on todettu, että kuntayhtymän lakisääteisten tehtävien osalta kysymys ei ole kunnan toimintojen siirtämisestä kunnan ulkopuolelle.

MAO:146/17

- MAO totesi olevan selvää, että SHP-kuntayhtymä on sellainen yksikkö, jossa kaupunki käyttää määräys- ja valvontavaltaa hankintalain 10 §:ssä tarkoitetulla tavalla. Lisäksi selvää on, että sanottu kuntayhtymä harjoittaa pääosaa toiminnastaan pykälässä tarkoitetulla tavalla niiden kuntien kanssa, joiden määräysvallassa se on.
- Valituksenalaisessa päätöksessä on ollut kysymys hankintalain 10 §:ssä tarkoitetusta hankinnasta hankintayksikön sidosyksiköltä. Sen vuoksi hankintaan ei ole tullut soveltaa hankintalakia, eikä valituksen tutkiminen kuulu markkinaoikeuden toimivaltaan ja valitus on siten jätettävä tutkimatta.

Kiitos ja hyvää kesää neuvontayksiköstä!

