

4.3.2022

## Asia

Hankintojen valvonta: Backstaff Oy:n projektinjohtourakkahankinta

## Ratkaisu

Kilpailu- ja kuluttajavirasto kiinnittää Backstaff Oy:n huomiota hankintalain suoraan hankintoja koskeviin oikeusohjeisiin sekä hankintasopimuksen muuttamista koskeviin oikeusohjeisiin.

## Asian vireilletulo

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on ottanut asian tutkittavakseen omasta aloitteestaan.

## Asian selvittäminen

Kilpailu- ja kuluttajavirasto on toimittanut 18.5.2021 selvityspyynnön Backstaff Oy:lle, joka on vastannut selvityspyyntöön 2.6.2021. Virasto on esittänyt hankintayksikölle lisäkysymyksiä 5.7.2021 ja 6.9.2021. Hankintayksikkö on antanut vastauksensa 10.8.2021 ja 14.9.2021.

## Ratkaisun perustelut

### Kilpailu- ja kuluttajaviraston toimivalta

Julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista annetun lain (1397/2016, jatkossa myös "hankintalaki") 139 §:ssä Kilpailu- ja kuluttajavirastolle (KKV) 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 tarkoitettua hallinnollista ohjausta. Laittomien suoraan hankintojen osalta KKV voi hankintalain 140 §:n perusteella kieltää hankintapäätöksen täytäntöönpanon. EU-kynnysarvot ylittävien suoraan hankintojen 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 suoraan hankintana ilman laissa säädettyä perustetta.

4.3.2022

## Asiaselostus

Backstaff Oy on kilpailuttanut Kotkan tapahtumakeskuksen projektinjohtourakan 5.11.2020 julkaistulla hankintailmoituksella (ilmoituksen TED-numero 2020/S 219-536696) ja 4.12.2020 julkaistulla korjausilmoituksella (ilmoituksen TED-numero 2020/S 240-592347). Hankinnan ennakoitu arvo on ylittänyt hankintalain 26 §:n 1 momentin 3 kohdassa rakennusurakoille asetetun EU-kynnyсарvon. Yhtään tarjousta ei ole jätetty määräaikaan mennessä.

Backstaff Oy:n hallitus on tehnyt 5.1.2021 päätöksen siirtyä neuvottelemaan hankinnan toteuttamisesta suorahankintana. Hankintayksikkö on käynyt suorahankintaa valmistelevat neuvottelut kolmen yrityksen kanssa. Neuvotteluja on päätetty 10.2.2021 jatkaa vain SRV Rakennus Oy:n kanssa. Backstaff Oy ja SRV Rakennus Oy ovat allekirjoittaneet kehitysvaiheen sopimuksen 25.2.2021.

Kotkan kaupunginvaltuusto on päättänyt 3.5.2021 tapahtumakeskuksen urakan lisärahoituksesta. Päätös koskee 10 miljoonan euron suuruista sijoitusta Kotkan Julkiset Kiinteistöt Oy:n sijoitetun vapaan pääoman rahastoon ja edelleen sijoitettavaksi Backstaff Oy:öön tapahtumakeskus Satama Areenan rakennuttamiseksi. Päätöksen mukaan hankkeen kokonaiskustannusarvio on noussut alkuperäisestä rahoituspäätöksestä noin 11 miljoonaa euroa.

Backstaff Oy:n hallitus on tehnyt projektinjohtourakasta suorahankintapäätöksen ja julkaissut suorahankintailmoituksen hankintaa koskien 18.6.2021. Backstaff Oy ja SRV Rakennus Oy ovat allekirjoittaneet hankintasopimuksen 2.7.2021. Hankintayksikkö on julkaissut jälki-ilmoituksen 10.8.2021.

### Hankintayksikön antama selvitys

Backstaff Oy:n antaman selvityksen mukaan hankintayksikkö on siirtynyt neuvottelemaan hankinnan toteuttamisesta suorahankintana, kun avoimessa menettelyssä ei ole saatu tarjouksia. Hankintayksikkö on vastauksessaan todennut, että selkeää syytä sille miksi tarjouskilpailussa ei ole saatu yhtään tarjousta ei ole ollut. Hankintayksikön mukaan neuvottelumenettelyyn osallistuneiden yhtiöiden kanssa käytyjen neuvottelujen perusteella hankkeessa oli liian vaativia rakenteita, joita ei ole Suomessa koskaan toteutettu. Lisäksi suurilla rakennusyhtiöillä ei ole Kotkassa valmiita rakennusorganisaatioita. Uuden rakennusorganisaation perustaminen on kallista ja paikkakunnalla tulisi olla jatkumoa myös toteutettavan hankkeen jälkeen. Kaikilla neuvotteluihin osallistuneilla tahoilla oli hankintayksikön mukaan myös resurssipulaa hankkeen suunnitellun aikataulun suhteen.

Suorahankintaa valmistelevat neuvottelut hankintayksikkö on kertonut käyneensä kolmen yhtiön kanssa. Hankintayksikön mukaan halukkuutta osallistua neuvotteluihin kysyttiin laajemminkin, mutta urakoitsijat kieltäytyivät. Hankintayksikön vastauksessa on todettu jokaisen ehdokkaan kanssa käydyn neuvottelun pitäneen sisällään kohteen esittelyn ja keskustelua suunnitteluratkaisista, urakkamuodosta ja tarjouspyynnön vaatimuksista.

4.3.2022

urakoitsijaehdokkaan esityksen rakentamisen aikataulusta sekä keskustelua tarjouspyynnön muutostarpeista.

Neuvottelujen jälkeen yksi yhtiöistä ilmoitti hankintayksikölle, ettei se pysty jättämään tarjoutua suunnitellulla aikataululla. Hankintayksikön mukaan toisen yhtiön kehitysehdotus puolestaan sisälsi ajallisen riskin muun muassa muutosten vaatimasta laajasta uudelleensuunnittelusta johtuen. Lisäksi resurssien saatavuus kehitysvaiheeseen ja hankkeen alkuvaiheisiin oli epävarmaa. Hankintayksikkö on edellä mainituilla perusteilla jatkanut neuvottelua vain SRV Rakennus Oy:n kanssa.

Backstaff Oy on todennut, että SRV Rakennus Oy:n antama kustannusarvio alkuperäisen kilpailutuksen mukaisilla suunnitelmilla on ollut noin 34 miljoonaa euroa (alv 0 %). Hankintayksikön mukaan neuvotteluvaiheessa suunnitelmia on tämän jälkeen muutettu siten, että SRV Oy:n allekirjoitetun sopimuksen kustannusarvioksi on tullut noin 27,5 miljoonaa euroa (alv 0 %).

Backstaff Oy:n antaman erittelyn mukaan merkittävimmät muutokset ovat koskeneet muun muassa ripustetun vajjerikaton muutosta puupalkeiksi sekä jälkijännitetyn betonirakenteen muutosta teräsristikoksi, skyfold-seinän korvaamista siirtoseinällä, neuvotteluhuoneiden siirtoseiniä, lattiapinnoitteiden muutosta sekä siirtokatsomoiden kehittämistä. Kokonaisuudessaan rakennusosamuutokset ovat olleet arvoltaan noin 4,7 miljoonaa euroa. Rakennusosia koskevien muutosten lisäksi Backstaff Oy on todennut kustannusarvioon vaikuttaneen muun muassa sen, että suunnitelmien kehitystyön perusteella on pystytty tekemään riskivähennyksiä noin 1,4 miljoonaa euroa.

KKV on selvityspyynnössään tiedustellut syitä alkuperäisen rahoituspäätöksen ja hankkeen lopullisten kustannusten merkittävälle erolle. Hankintayksikkö on vastauksessaan todennut lisärahoitustarpeen perusteluksi, että alkuperäinen rahoituspäätös annettiin yli kaksi vuotta ennen lisärahoituspäätöstä. Hankintayksikön mukaan alkuperäisessä kaupunginvaltuuston antamassa rahoituksessa ei ole pystytty arvioimaan riittävän tarkasti tapahtumakeskuksen rakentamiseen vaadittavaa rahamäärää. Vanha rahoituspäätös ei ole riittänyt toteuttamaan Kotkan kaupunginvaltuuston määrittelemiä tapahtumakeskuksen vähimmäisvaatimuksia, kuten liigatason koripallopelaamista yli 2000 katsojalle.

Backstaff Oy on antamassaan selvityksessä viitannut ulkopuolisen yrityksen Kotkan kaupungille toteuttamaan tapahtumakeskuksen yritysrakenneselvitykseen, joka on valmistunut 19.2.2019. Selvityksessä Tapahtumakeskus KOy:llä viitataan Kotkan Julkiset Kiinteistöt Oy:n myöhemmin perustamaan Backstaff Oy:öön. Selvityksen mukaan perustettavan yhtiön tarkoituksena on omistaa ja hallita hallinnanjakosopimuksen perusteella määrääosaa rakennuskokonaisuudesta. Selvityksessä todetaan, että koska tapahtumakeskuksen luonne on taloudellinen, sen omistavaa Tapahtumakeskus KOy:tä ei lähtökohtaisesti perusteta tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita. Tapahtumakeskus KOy ei tämän vuoksi olisi julkisoikeudellinen laitos eikä siten hankintalain tarkoittama hankintayksikkö. Backstaff Oy on kuitenkin huomauttanut kilpailuttaneensa hankintansa julkisten hankintojen ilmoituskanavalla, vaikka

4.3.2022

ulkopuolisella taholla teetetyn selvityksen mukaan yhtiö ei täytä yleisen edun mukaisia tarpeita.

Hankintayksikkö on todennut antamassaan selvityksessä yhtiön toimivan kilpailuilla markkinoilla. Yhtiön ainoa asiakas tulee olemaan Kotkan Tapahtumakeskus Oy, joka vuokraa talon kokonaisuudessaan omaan toimintaansa. Kotkan Tapahtumakeskus Oy on tapahtumakeskus Satama Areenan myyjä, markkinoinnista ja palveluista vastaava operaattoriyhtiö, jonka omistaa Kotkan kaupunki.

Hankintayksikkö on todennut vastauksessaan, että tapahtumakeskuksen tilat rakennetaan Kotkan Tapahtumakeskus Oy:n tarpeiden mukaisiksi. Tapahtumakeskuksessa sijaitseva energiakeskus palvelee ympärillä olevia kiinteistöjä ja se rakennetaan Kotkan Energian tarpeiden mukaiseksi. Myös Kaakkois-Suomen ammattikorkeakoulu Oy:n eli Xamkin tarpeet on huomioitu hankkeessa. Xamkin tarpeet on otettu huomioon suunniteltaessa tapahtumakeskuksen aulaa sekä ravintola- ja keittiötiloja. Xamk tulee vuokraamaan tapahtumakeskuksesta yhteistä aulatilaa ja käyttää tapahtumakeskuksen aulaa omana pääsisäänkäynninään. Xamkin omaan kiinteistöön ei rakenneta ravintolatilaa eikä keittiötä. Tapahtumakeskuksen ravintola ja keittiö tulevat toimimaan Xamkin opiskelija- ja henkilöstöravintolana hankkeen synergian perusteita noudattaen.

Hankintayksikön mukaan Kotkan kaupungin edellytykset rakennettaville tiloille ovat kaavamääräysten mukaisia. Kotkan Julkiset Kiinteistöt Oy on edellyttänyt suunnittelun ja toteutuksen palvelevan tulevaa käyttäjää, Kotkan Tapahtumakeskus Oy:tä. Backstaff Oy:n projektipäällikkö on ollut mukana hankkeen suunnittelunohjauksessa. Ennen projektinjohtourakan kilpailutusta, loppuvuonna 2020, hankkeen suunnittelukokouksiin on osallistunut myös Kotkan kaupungin edustaja sekä Kotkan Energian edustaja. Kotkan kaupungin johdolla on pidetty säännöllisesti Kotkan Kantasataman (jäljempänä myös Kantasatama) hankkeiden yhteensovittamiskokouksia, joihin on osallistunut kaikki hankkeeseen kuuluvat sidosryhmät.

## **KKV:n arvio hankintamenettelyn lainmukaisuudesta**

### Backstaff Oy:n asema hankintayksikkönä

Backstaff Oy on antamassaan selvityksessään tuonut esiin, että yhtiö ei olisi hankintalaissa tarkoitettu julkisoikeudellinen laitos. KKV on arvioinut yhtiön asemaa hankintayksikkönä.

Hankintalain 1 §:n 1 momentin mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden mainitun lain 5 §:ssä tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailutettava hankintansa ja käyttöoikeussopimuksensa siten kuin mainitussa laissa säädetään.

Hankintalain 5 §:n 1 momentin mukaan laissa tarkoitettuja hankintayksiköitä ovat:

- 1) valtion, kuntien ja kuntayhtymien viranomaiset;

4.3.2022

- 2) evankelis-luterilainen kirkko ja ortodoksinen kirkko sekä niiden seurakunnat ja muut viranomaiset;
- 3) valtion liikelaitokset;
- 4) julkisoikeudelliset laitokset;
- 5) mikä tahansa hankinnan tekijä silloin, kun se on saanut hankinnan tekemistä varten tukea yli puolet hankinnan arvosta 1–4 kohdassa tarkoitettulta hankintayksiköltä.

Mainitun pykälän 2 momentin mukaan 1 momentin 4 kohdan julkisoikeudellisella laitoksella tarkoitetaan oikeushenkilöä, joka on nimenomaisesti perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta ja:

- 1) jota rahoittaa pääasiallisesti 1 momentin 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö;
- 2) jonka johto on 1 momentin 1–4 kohdassa tarkoitettun hankintayksikön valvonnan alainen; taikka
- 3) jonka hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä 1 momentin 1–4 kohdassa tarkoitettu hankintayksikkö nimeää yli puolet.

Hankintalain 5 §:n 2 momentin esitöiden mukaan julkisoikeudellisen laitoksen käsitteen ensimmäisen osan edellytysten olisi täytyttävä samanaikaisesti. Esitöiden mukaan julkisoikeudelliset laitokset voivat olla muodollisesti valtiosta tai kunnista irrallisia oikeushenkilöitä, kuten osakeyhtiöitä, yhdistyksiä tai säätiöitä, joihin valtio, kunta tai liikelaitos harjoittaa määräysvaltaa valvonnan, rahoituksen tai päätösvaltaa käyttävien henkilöiden nimeämisen suhteen. Yleisen edun mukaisten tehtävien lisäksi julkisoikeudellinen laitos voi huolehtia myös muista tehtävistä. Merkitystä ei tältä osin ole annettava sille, onko yleisen edun mukaisten tarpeiden täyttäminen laitoksen pääasiallinen tehtävä vai vähämerkityksellinen osa laitoksen tehtävistä, jos yksikön perustamisella ja toiminnalla on kuitenkin ollut yleisen edun mukainen tarkoitus. Siten myös laitoksen kaupalliseen toimintaan liittyvät hankinnat on kilpailutettava hankintalainsäädännön mukaisesti.<sup>1</sup>

#### *Yleisen edun mukaiset tarpeet*

Käsillä olevassa tapauksessa tulee näin ollen ensin arvioitavaksi, onko Backstaff Oy perustettu täyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita.

EUT:n oikeuskäytännössä on katsottu, että arvioitaessa sitä, onko laitos nimenomaisesti perustettu tyydyttämään yleisen edun mukaisia tarpeita, merkitystä ei ole sillä, että myös yksityiset yritykset tyydyttävät tai voivat tyydyttää tällaisia tarpeita. Merkitystä on sillä, että kyseessä ovat tarpeet, jotka valtio tai alueellinen tai paikallinen viranomainen yleisen edun mukaisista syistä yleensä haluaa tyydyttää itse tai jonka osalta se haluaa säilyttää määrävän vaikutusvaltansa.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Hallituksen esitys eduskunnalle hankintamenettelyä koskevaksi lainsäädännöksi (HE 108/2016 vp), s. 84-85.

<sup>2</sup> Asia C-393/06, Ing. Aigner, tuomio 10.4.2008, kohta 40 oikeuskäytäntöviittauksineen.

4.3.2022

Oikeuskäytännössä on annettu merkitystä sille, onko laitoksella tavoitteita, jotka koskisivat julkisyhteisön yleisen edun turvaamista sekä alueen kehittämistä taloudellisesti ja sosiaalisesti.<sup>3</sup> Merkitystä on katsottu olevan myös sillä, onko yritystä perustettaessa ja myöhemmässä toiminnassa huomioitu esimerkiksi kulttuurisia yleisiä etua tavoittelevia päämääriä.<sup>4</sup> Esimerkiksi messujen, näyttelyiden ja muiden vastaavien tilaisuuksien järjestäminen<sup>5</sup> sekä suunnittelu- ja rakennuttamispalvelujen hankkiminen toimitustaloja ja pysäköintitaloa koskevan rakennushankkeen yhteydessä<sup>6</sup> on katsottu voivan tyydyttää yleisen edun mukaisia tarpeita.

Backstaff Oy:n yhtiöjärjestyksen mukaan yhtiön toimialana on rakennuttaa sekä omistaa ja hallita Kotkan Kantasatamassa sijaitsevaa tapahtumakeskusta, omistaa tai hallita vuokraoikeuden nojalla kiinteää omaisuutta ja sillä olevia rakennuksia, harjoittaa tilojen ja huoneistojen vuokrausta sekä lisäksi omistaa toimintaansa liittyviä osakkeita ja osuuksia. Tämän lisäksi yhtiöjärjestyksessä todetaan yhtiön toimialasta: *"Yhtiö voi harjoittaa tapahtumakeskukseen tai muihin omistamiinsa tiloihin ja asuntoihin liittyvää liiketoimintaa kuten rakennuttamista, rakentamista, rakennussuunnittelua ja kiinteistöjen manaageerausta. Yhtiö voi käydä kauppaa omistamallaan kiinteällä omaisuudella, rakennuksilla ja osakkeilla tai osuuksilla."*

Kotkan kaupunginvaltuusto on myöntäessään lisärahoitusta tapahtumakeskushankkeelle viitannut 14.5.2018 (65 §) hyväksytyyn kaupunkistrategiaan, jossa linjataan tapahtumakeskuksen toteuttamista: *"Päätöksellä tuetaan kaupungin elinvoimaisuutta sekä pito- ja vetovoimaa merkittävällä tavalla. Päätös tukee kaupungin laajempaa strategista kehitystä ja on linjassa kaikkien strategiassa määriteltyjen kolmen päämääräpohjien kanssa: Oppiva ja yrittävä Kotka, Upean elinympäristön Kotka sekä Yhteinen Kotka."* Tämän lisäksi päätöksessä on todettu: *"Hankkeen laajemmassa taloustarkastelussa on arvioitava myös hankkeen muita taloudellisia vaikutuksia kaupungin ja talousalueen kannalta, eikä tarkastelua voida tehdä pelkästään hanketta varten perustettujen yhtiöiden kautta. Tehtyjen riski- ja vaikutusanalyysien pohjalta voidaan todeta, että tapahtumakeskuksen kytkeytyminen Kantasataman ja koko kaupungin kehittämiseen tuo tullessaan ylivertaisia positiivisia vaikutuksia aluetalouden myötä verrattuna tilanteeseen, jossa sitä ei toteuteta. Talousvaikutusten lisäksi tapahtumakeskuksen toteuttamisella on nähtävissä erityisten suuri strateginen merkitys useasta näkökulmasta, jota ei voida unohtaa ja aliarvioida."*

Arvioitaessa Backstaff Oy:n toiminnan yleisen edun mukaisia tarpeita tulee arvioida yhtiön toimintaa tapahtumakeskuksen rakennuttajana, jossa ominaisuudessa se on tehnyt projektinjohtourakkahankinnan. Tämä toiminta on seurausta Kotkan kaupunginhallituksen päätöksestä rakentaa Kotkan Kantasatamaan tapahtumakeskus. Tapahtumakeskuksen tilat puolestaan rakennetaan Kotkan kaupungin omistaman yhtiön, Kotkan Tapahtumakeskus Oy:n, tarpeiden mukaisiksi. KKV katsoo, että tehdessään tapahtumakeskuksen urakkahankinnan, Backstaff Oy palvelee muiden tapahtumakeskuksen

<sup>3</sup> Asia C-18/01, Varkauden Taitotalo, tuomio 22.5.2003, kohta 45.

<sup>4</sup> MAO:188/16, 1.4.2016.

<sup>5</sup> Yhdistetyt asiat C-223/99 ja C-260/99, Agorà ja Excelsior, tuomio 10.5.2001, kohdat 33 ja 34.

<sup>6</sup> Asia C-18/01, Varkauden Taitotalo, tuomio 22.5.2003, kohta 48.

4.3.2022

sidosryhmien etujen ohella Kotkan kaupungin etuja. Backstaff Oy:n harjoittaman toiminnan voidaan katsoa tyydyttävän yleisen edun mukaisia tarpeita siltä osin kuin toiminta pyrkii kehittämään Kotkan aluetta taloudellisesti ja sosiaalisesti.

Backstaff Oy on perustettu rakennuttamaan sekä omistamaan ja hallitsemaan Kotkan Kantasatamassa sijaitsevaa tapahtumakeskusta. Koska tapahtumakeskus palvelee yleistä etua edellä selostetun mukaisesti, on Backstaff Oy:n katsottava perustetun myös palvelemaan samaa tarkoitusta. KKV katsoo, että Backstaff Oy:n toimiessa hankkeen rakennuttajana Kotkan kaupunki pystyy yleiseen etuun liittyvien syiden osalta säilyttämään määräävän vaikutusvaltansa hankkeen toteutuksessa.

Edellä mainitut seikat huomioon ottaen KKV katsoo, että Backstaff Oy toteuttaa ainakin osittain yleisen edun mukaisia tarpeita hankintalain 5 §:n 1 momentin 4 kohdassa tarkoitettulla tavalla. Hankintayksikköaseman selvittäminen edellyttää siten seuraavaksi sen arviointia, onko yleisen edun tarkoituksessa harjoitettu liiketoiminta luonteeltaan kaupallista tai teollista.

#### *Teollinen tai kaupallinen luonne*

Julkisoikeudellisen laitoksen teollista ja kaupallista luonnetta arvioitaessa on oikeuskäytännössä kiinnitetty huomiota muun muassa siihen tavoitteleeko tarkasteltava yksikkö voittoa, kilpaileeko se avoimesti muiden toimijoiden kanssa markkinaolosuhteissa ja kantaako se itse toimintansa taloudelliset riskit.<sup>7</sup>

Kotkan kaupunki on myöntänyt Backstaff Oy:lle lisärahoitusta hankkeen kustannusten noustua alkuperäisen rahoituspäätöksen jälkeen. Lisärahoitus on katettu aiemmasta markkinaehtoisesta lainarahoituksesta poiketen SVOP-sijoituksella. KKV katsoo, että tämä antaa viitteitä siitä, että yhtiö ei toimi markkinaehtoisesti eikä vastaa itse toimintansa tappioista. Vaikka Backstaff Oy kantaisikin toimintansa taloudelliset riskit siten, että se voidaan esimerkiksi asettaa konkurssiin, on hyvinkin mahdollista, että kaupunki ei antaisi tämän tapahtua, vaan tarvittaessa sijoittaisi yhtiöön lisää pääomaa, jotta tämä voi jatkaa niiden tehtävien hoitamista, joita varten se on perustettu.

KKV katsoo, että tapahtumakeskuksella on alueellisia yleistä etua tavoittelevia päämääriä. Kotkan kaupungille toteutetussa yritysraekenneselvityksessä on todettu, että Backstaff Oy:n luonne on taloudellinen. KKV katsoo, että vaikka Backstaff Oy:n toiminnan olisikin tarkoitus tuottaa voittoa, voiton tavoittelun lisäksi yhtiön tavoitteena on Kotkan kaupungin edun turvaaminen. Backstaff Oy:n toiminta ei näin ollen perustu ainakaan yksinomaan kaupalliseen luonteeseen ja voiton tavoitteluun.

Kotkan tapahtumakeskuksen ainoa asiakas tulee olemaan toinen Kotkan kaupungin tytäryhtiö. KKV katsoo, että yhtiön asiakaskunta on hyvin

---

<sup>7</sup> Esim. MAO:462/11, 4.10.2011 ja asia C-18/01, Varkauden Taitotalo, tuomio 22.5.2003, kohdat 49–51 oikeuskäytännön tulkinnaksi.

4.3.2022

rajoittunut ja tämä antaa viitteitä siitä, että yritys ei toimi avoimesti muiden toimijoiden kanssa markkinaolosuhteissa.

KKV katsoo, että hankinnan kohteena olevan tapahtumakeskuksen merkitys Kotkan kaupungille elinkeinopolitiikan välineenä, rakennusvaiheen lisärahoitus sekä rajoitettu asiakaskunta merkitsevät sitä, että Backstaff Oy on ainakin osaksi perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta.

#### *Rahoitus-, valvonta- ja nimityskriteerit*

Arvioitaessa Backstaff Oy:n julkisoikeudellista luonnetta on vielä varmistettava, täyttyykö jokin hankintalain vaihtoehtoisista vaatimuksista koskien laitoksen rahoitusta, valvontaa ja nimittämisoikeutta.

Kotkan kaupungin hallintosäntöjen mukaan Kotkan kaupungin kaupunginhallituksen nimeämä omistajaohjausjaosto nimeää Backstaff Oy:n johto-, hallinto- ja valvontaelimien jäsenet. Täten hankintalain mukainen hankintayksikkö nimeää yrityksen hallinto-, johto- tai valvontaelimen jäsenistä yli puolet ja julkisoikeudellisia laitoksia koskeva nimityskriteeri täyttyy. Tästä johtuen asiassa ei ole tarpeen arvioida erikseen rahoitus- ja valvontakriteerien täyttymistä.

#### *Johtopäätös asemasta julkisoikeudellisena laitoksena*

KKV katsoo, että Backstaff Oy on ainakin osittain perustettu tyydyttämään sellaisia yleisen edun mukaisia tarpeita, joilla ei ole teollista tai kaupallista luonnetta. Lisäksi vähintään julkisoikeudellista laitosta koskeva nimittämisoikeutta koskeva vaatimus täyttyy.

Edellä esitetyn perusteella KKV katsoo, että Backstaff Oy on hankintalain tarkoittama julkisoikeudellinen laitos.

#### Tarjouspyynnön alkuperäisten ehtojen muutos

Hankintalain 40 §:n mukaan suorahankinnassa hankintayksikkö neuvottelee valitsemiensa toimittajien kanssa hankintasopimuksen ehdoista julkaisematta etukäteen hankintailmoitusta. Saman pykälän 2 momentin 1 kohdan mukaan hankintayksikkö voi valita suorahankinnan, jos avoimessa tai rajoitetussa menettelyssä ei ole saatu lainkaan osallistumishakemuksia tai tarjouksia taikka soveltuvia osallistumishakemuksia tai tarjouksia. Lisäedellytyksenä on, että alkuperäisiä tarjouspyynnön ehtoja ei olennaisesti muuteta.

Backstaff Oy ei ole saanut avoimessa menettelyssä lainkaan tarjouksia. Hankintayksiköllä on ollut 40 §:n 2 momentin 1 kohdan mukainen peruste siirtyä neuvottelemaan suorahankinnasta valitsemiensa toimittajien kanssa. Arvioitavaksi tulee näin ollen onko alkuperäisen tarjouspyynnön ehtoja muutettu olennaisesti suorahankintaa tehtäessä.

Käsillä olevassa tapauksessa ei ole kyse sopimuskauden aikana tehdyistä muutoksista, vaan suorahankintaan tähtäävien neuvottelujen aikana, mutta



4.3.2022

ennen sopimuksen allekirjoittamista tehdyistä muutoksista. Virasto toteaa, että hankintalain 136 §:ssä ei ole nimenomaisesti säädetty, että sopimusmuutossääntely soveltuisi myös muutoksiin, jotka on tehty ennen hankintasopimuksen voimaantuloa. Euroopan unionin tuomioistuimien on kuitenkin oikeuskäytännössään linjannut, että hankinnan olennainen muuttaminen myös ennen sopimuksen tekemistä missä tahansa menettelyn vaiheessa johtaa uuteen hankintaan ja kilpailuttamisvelvoitteeseen.<sup>8</sup> Myös kansallisessa oikeuskäytännössä on katsottu, että jos hankintayksikkö on tehnyt voittaneen tarjoajan kanssa hankintapäätökseen nähden sisällöllisesti erisältöisen hankintasopimuksen, tulisi tilannetta tarkastella sen mukaan, onko tarjouspyyntöaineistossa määriteltyyn hankinnan sisältöön tehty olennaisia muutoksia.<sup>9</sup>

EUT:n tapauskäytännössä on lisäksi nimenomaisesti katsottu, että arvio siitä, muuttuvatko sopimusehdot olennaisesti tilanteessa, jossa siirytään neuvottelumenettelyyn ilman hankintailmoituksen julkaisemista, vastaa sitä arviota, joka tehdään jo myönnettyjen sopimusten uudelleenneuvottelun osalta. Sopimuksen alkuperäisen ehdon muuttamista voidaan pitää olennaisena muun muassa, kun muutetun ehdon vuoksi olisi ollut mahdollista katsoa, että alkuperäisessä menettelyssä esitetyt tarjoukset olisivat sopivia, tai sen vuoksi muut tarjoajat kuin alkuperäiseen menettelyyn osallistuneet olisivat voineet esittää tarjouksia, jos kyseinen ehto olisi esiintynyt alkuperäisessä hankintamenettelyssä.<sup>10</sup>

#### *Sopimusmuutoksen olennaisuuden arviointi*

Hankintalain 136 §:n 1 momentin mukaan hankintasopimusta tai puitejärjestelyä ei saa EU-kynnysarvot ylittävissä hankinnoissa tai kansalliset kynnysarvot ylittävissä liitteen E mukaisissa palveluhankinnoissa taikka käyttöoikeussopimuksissa olennaisesti muuttaa sopimuskauden aikana ilman lain mukaista uutta hankintamenettelyä. Olennaisena pidetään ainakin muutosta, jos:

- 1) muutoksella otetaan käyttöön ehtoja, jotka, jos ne olisivat alun perin kuuluneet hankintamenettelyyn, olisivat mahdollistaneet muiden kuin alun perin valittujen ehdokkaiden osallistumisen menettelyyn tai muun kuin alun perin hyväksytyyn tarjouksen hyväksymisen tai jotka olisivat tuoneet hankintamenettelyyn lisää osallistujia;
- 2) sopimuksesta tai puitejärjestelystä tulee muutoksen jälkeen taloudellisesti edullisempi sopimusosapuolelle sellaisella tavalla, jota alkuperäisessä hankintasopimuksessa tai puitejärjestelyssä ei ollut määritetty;
- 3) muutos laajentaa sopimuksen tai puitejärjestelyn soveltamisalaa huomattavasti;
- 4) sopimusosapuoli, jonka kanssa hankintayksikkö on alun perin tehnyt sopimuksen, korvataan uudella sopimusosapuolella.

<sup>8</sup> Esim. Asia C-161/13, Idrodinamica, tuomio 8.5.2014 ja asia C-496/99, Succhi di Frutta, tuomio 29.4.2004.

<sup>9</sup> Esim. MAO 11/17, 18.1.2017.

<sup>10</sup> Asia C-250/07, Komissio v. Kreikka, tuomio 4.6.2009, kohta 51-52.

4.3.2022

Hankintadirektiivin 72 artiklan 4 kohdan mukaan hankintasopimukseen tai puitejärjestelyyn sen voimassaoloaikana tehtyä muutosta pidetään merkittävänä muutoksena, jos hankintasopimus tai puitejärjestely on sen seurauksena luonteeltaan huomattavasti erilainen alun perin tehtyyn sopimukseen verrattuna. Hankintadirektiivin johdanto-osan perustelukappaleen 107 mukaan uusi hankintamenettely vaaditaan, kun tehdään olennaisia muutoksia alkuperäiseen hankintasopimukseen, erityisesti sopimuspuolten keskinäisten oikeuksien ja velvollisuuksien soveltamisalaan ja sisältöön, teollis- ja tekijänoikeuksien jakaminen mukaan luettuna. Tällaiset muutokset osoittavat sopimuspuolten aikovan neuvotella hankintasopimuksen keskeiset ehdot tai edellytykset uudelleen. Näin on erityisesti silloin, kun muutetut edellytykset olisivat vaikuttaneet alkuperäisen menettelyn tulokseen. EUT:n oikeuskäytännön mukaan hankintasopimuksen arvon pienentäminen voi myös muodostaa olennaisen muutoksen.<sup>11</sup>

Lisäksi EUT on todennut, että syrjäntäkiellon ja yhdenvertaisen kohtelun periaatteet sekä avoimuusvelvollisuus edellyttävät muun muassa, että hankintasopimuksen kohde ja tekoperusteet määritetään selvästi jo heti hankintasopimuksen tekomenettelyn alussa ja että hankintamenettelyn ehdot ja yksityiskohtaiset säännöt muotoillaan selvästi, täsmällisesti ja yksiselitteisesti hankintailmoituksessa tai hankinta-asiakirjoissa. Tällä tavoin mahdollistetaan yhtäältä, että kaikki kohtuullisen valistuneet ja tavanomaisen huolelliset tarjoajat voivat ymmärtää ehtojen ja sääntöjen täsmällisen ulottuvuuden ja tulkita niitä samalla tavalla, ja toisaalta, että hankintayksikkö voi tosiasiallisesti tarkastaa, vastaavatko tarjoajien tarjoukset mainittua hankintaa säänteleviä arviointiperusteita.<sup>12</sup>

Nyt käsillä olevassa tapauksessa ulkopuolisen kustannussuunnittelijan ennen kilpailutuksen käynnistämistä tekemässä rakennusosa-arviossa tapahtumakeskuksen kokonaiskustannusarvio oli noin 26,7 miljoonaa euroa. Backstaff Oy:n mukaan kustannuslaskija ei ollut pystynyt arvioimaan kustannustason realistisuutta käytettävissä olevilla tiedoilla. Hankintayksikön mukaan kustannussuunnittelija joutui arvioimaan kustannuksia Suomessa ennen toteuttamattomalle arkkitehtuurille ja suunnitteluratkaisuille. Lisäksi Backstaff Oy on todennut, että hankkeen arvon hinnannousua on tapahtunut myös kilpailutuksen aikana, koska rakennusmateriaalien hintataso on kasvanut merkittävästi. Esimerkiksi puun sahatavaran hinta nousi muutamassa kuukaudessa kaksinkertaiseksi.

Hankintayksikkö on KKV:lle antamassaan vastauksessa todennut, että neuvottelumenettelyyn osallistuneiden yhtiöiden kanssa käytyjen neuvottelujen perusteella on ilmennyt, että hanke sisälsi liian vaativia rakenteita. Hankintayksikkö on tuonut esiin myös, että suurilla rakennusyhtiöillä ei ole Kotkassa valmiita rakennusorganisaatioita ja uuden rakennusorganisaation perustaminen on kallista. Paikkakunnalla tulisi olla jatkumoa myös toteutettavan hankkeen jälkeen. Lisäksi kaikilla neuvotteluihin osallistuneilla tahoilla oli resurssipula hankkeen suunnitellun aikataulun suhteen.

<sup>11</sup> Asia C-549/14, Finn Frogne A/S, tuomio 7.9.2016, kohta 29.

<sup>12</sup> Asia C-298/15, Borta, tuomio 5.4.2017, kohdat 67–69.

4.3.2022

SRV Rakennus Oy:n antama kustannusarvio alkuperäisen kilpailutuksen mukaisilla suunnitelmissa on ollut noin 34 miljoonaa euroa (alv 0 %). Backstaff Oy on vastauksessaan todennut, että neuvotteluvaiheessa suunnitelmia on tämän jälkeen muutettu siten, että SRV Rakennus Oy:n antama kustannusarvio on ollut noin 27,5 miljoonaa euroa (alv 0 %). Rakennusosia koskeneet muutokset ovat olleet arvoltaan noin 4,7 miljoonaa euroa. Tämän lisäksi lopullisiin suunnitelmiin on tehty muita muutoksia, joista arvoltaan merkittävin on ollut noin 1,4 miljoonan euron riskivähennykset.

Kyseessä oleva hankinta on toteutettu projektinjohtourakkana, jossa lopullinen kustannusarvio ja suunnitelma tehdään yhdessä valitun toimittajan kanssa. Sovittava tavoitehinta perustuu sopimusvaiheen tietoihin, suunnitelmiin ja määriin perustuvaan kustannusarvioon. Suunnitelmat täsmentyvät ja täydentyvät suunnitelmien jatkokehityksen ja rakentamisen aikana. Hankinnalle on kuitenkin alkuperäisen urakkaohjelman mukaan asetettu kattohinta, joka on tavoitehinta lisättynä 10 prosentilla.

KKV kiinnittää huomiota siihen, että sopimusmuutos on olennainen jo silloin, kun on mahdollista, että jokin muu ehdokas olisi voinut osallistua menettelyyn. Käsillä olevassa tapauksessa alkuperäisessä kilpailutuksessa ei ole saatu lainkaan tarjouksia. Hankintayksikön siirryttyä suoraan hankintaan tähtäävään neuvottelumenettelyyn, on käynyt ilmi, että hankinta on sisältänyt osia, joita sellaisenaan ei ole pystytty toteuttamaan. Myös alkuperäinen kustannusarvio on ollut huomattavasti alhaisempi kuin mitä neuvotteluihin osallistuneet tahot ovat katsoneet kustannusten alkuperäisen tarjouspyynnön ehdoilla olevan. Tästä johtuen hankintayksikkö ja hankinnan toteuttajaksi valittu SRV Rakennus Oy ovat neuvotelleet muutoksista hankinnan kohteeseen.

KKV katsoo, että tehdyt muutokset rakennusosiin ovat koskeneet sopimuksen keskeisiä ehtoja. KKV:n arvion mukaan asiassa ei voida poissulkea sitä mahdollisuutta, että hankinnan kohteen muutokset olisivat voineet houkutella tarjouskilpailuun mukaan tarjoajia. Erityisesti suoraan hankintaan johtavissa neuvotteluissa esille tulleet poikkeuksellisen haastavat rakenteet alkuperäisissä suunnitelmissa ovat voineet vaikuttaa potentiaalisten tarjoajien tarjoushalukkuuteen. KKV katsoo, että mikäli hankinnalle asetetut ehdot sekä hankinnan kohde olisivat jo tarjouspyyntöasiakirjoissa olleet vastaavat kuin allekirjoitetussa hankintasopimuksessa, olisi tarjouskilpailuun mahdollisesti voinut osallistua tarjoajia, jotka nyt ovat jättäytyneet tarjouskilpailusta pois. Näin ollen tehdyt muutokset ovat kokonaisuutena arvioituna olleet hankintalainsäädännön tarkoittamalla tavalla olennaisia.

#### *Sopimusmuutoksen oikeuttamisperusteiden arviointi*

Hankintalain 136 §:n 2 momentin mukaan sen estämättä, mitä 1 momentissa säädetään, hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä, jos muutokseen soveltuu jokin momentissa luetelluista oikeuttamisperusteista. Asiassa on näin ollen arvioitava vielä oikeuttamisperusteiden soveltuvuus.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaisesti hankintasopimukseen ja puitejärjestelyyn voidaan tehdä muutos ilman uutta hankintamenettelyä,

4.3.2022

jos muutos perustuu hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankinta-asiakirjoissa mainittuihin sopimusehtoihin tai niiden muuttamista koskeviin ehtoihin, niiden rahallisesta arvosta riippumatta, ja nämä ehdot ovat selkeät, täsmälliset ja yksiselitteiset. Muutokset eivät saa muuttaa hankintasopimuksen tai puitejärjestelyn yleistä luonnetta. Hankintadirektiivin 72 artiklan mukaan tarkistuslausekkeissa on ilmoitettava mahdollisten muutosten tai vaihtoehtojen soveltamisala ja luonne sekä olosuhteet, joissa lausekkeitä voidaan käyttää. Hankintadirektiivin johdanto-osassa on lisäksi todettu, että tarkistuslausekkeet tai optioehdot eivät saa antaa hankintaviranomaisille rajatonta hankintavaltaa.<sup>13</sup> KKV katsoo, että vaikka projektinjohtourakkana toteutettu hankinta sisältää tiettyä joustavuutta, esimerkiksi tavoitehinnan ja suunnitelmiin tehtävien täsmennysten osalta, menettely ei voi antaa hankintayksikölle oikeutta tehdä hankintasopimukseen olennaisia muutoksia ilman alkuperäisiin hankinta-asiakirjoihin kirjattuja riittävän tarkkoja ehtoja. Asiaa selvittäessä ei ole käynyt ilmi, että hankinnan kohteeseen, etenkin kohteen rakennusosiin tehdyt muutokset olisivat perustuneet hankintamenettelyn aikana tiedossa olleisiin ja hankinta-asiakirjoissa mainittuihin ehtoihin. Muutoksia ei näin ollen voida perustella hankintalain 136 §:n 2 momentin 1 kohdan perusteella.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 3 kohdan mukaan muutos on sallittu myös silloin, kun muutoksen tarve johtuu olosuhteista, joita huolellinen hankintayksikkö ei ole voinut ennakoita eikä muutos vaikuta hankintasopimuksen yleiseen luonteeseen. KKV katsoo, että asiassa ei ole tullut ilmi sellaisia lain tarkoittamia olosuhteita, joiden perusteella muutokset olisivat olleet sallittuja kyseessä olevan kohdan perusteella. Ei ole olemassa estettä sille, miksei hankintayksikkö olisi voinut asettaa hankinnan kohteelle tarjouspyynnössä samoja ehtoja kuin mitä lopullisessa hankintasopimuksessa on asetettu.

Hankintalain 136 §:n 2 momentin 5 kohdan mukaan hankintasopimukseen tehty muutos on sallittu silloin kun kyse on sellaisesta vähäarvoisesta sopimusmuutoksesta, joka alittaa liitteessä E tarkoitettuja palveluja koskevissa hankinnoissa sekä käyttöoikeussopimuksissa kansalliset kynnyksarvot tai muissa hankinnoissa EU-kynnyksarvot eikä vaikuta sopimuksen yleiseen luonteeseen. Käsitellä olevassa tapauksessa, verrattaessa SRV Rakennus Oy:n alkuperäisen tarjouspyynnön ehdoilla tekemää kustannusarvioita ja lopullisen hankintasopimuksen kustannusarviota, muutokset ovat olleet noin 6,5 miljoonaa euroa (alv 0 %) eli yli urakkahankinnan EU-kynnyksarvon. KKV toteaa, että tehtyjä muutoksia ei voida kokonaisuutena pitää lain sallimana vähäarvoisena muutoksena.

Asiassa ei ole tullut myöskään esiin seikkoja, joiden perusteella jokin muu sopimusmuutoksen oikeuttamisperuste soveltuisi tapaukseen.

#### *Johtopäätös alkuperäisten ehtojen muutoksesta*

KKV katsoo edellä esitetyin perustein, että hankintayksikkö on tehnyt alkuperäisen tarjouspyynnön ehtoihin olennaisia muutoksia suoraan hankintamenettelyyn siirtymisen jälkeen.

---

<sup>13</sup> HE 108/2016 vp, s. 228.

4.3.2022

Hankintalain mukainen suoramankintaperuste

Hankintalain 40 §:n 1 momentin mukaan suoramankinnassa hankintayksikkö neuvottelee valitsemiensa toimittajien kanssa hankintasopimuksen ehdoista julkaisematta etukäteen hankintailmoitusta. Suoramankinnan käyttöedellytyksistä on säädetty pykälän 2 momentissa.

Koska hankintayksikkö on siirryttyään hankintalain 40 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaisesti suoramankintaan muuttanut olennaisesti alkuperäisen tarjouspyynnön ehtoja, on Backstaff Oy:n tekemä hankinta todellisuudessa ollut aiemmasta hankintamenettelystä erillinen suoramankinta.

Hankintayksikkö ei ole selvityksissään vedonnut muuhun hankintalain 40 §:n suoramankintaperusteista. Asiassa ei ole tullut myöskään esiin seikkoja, joiden perusteella jokin muu laissa mainittu suoramankintaperuste soveltuisi tapaukseen.

**Johtopäätös**

Kilpailu- ja kuluttajaviraston arvion mukaan hankintayksikkö on toiminut hankinnassaan hankintalainsäädännön vastaisesti, kun se ei ole kilpailuttanut projektinjohtourakan hankintaa sen jälkeen, kun se on siirryttyään suoramankintamenettelyyn tehnyt alkuperäiseen tarjouspyyntöön olennaisia muutoksia.

Edellä ilmenevillä perusteilla Kilpailu- ja kuluttajavirasto kiinnittää Backstaff Oy:n huomiota hankintalain suoramankintoja koskeviin oikeusohjeisiin sekä hankintasopimuksen muuttamista koskeviin oikeusohjeisiin.

**Sovelletut säännökset**

Laki julkisista hankinnoista ja käyttöoikeussopimuksista (1397/2016) 1 §, 5 §, 26 §, 40 §, 136 § ja 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 johtava asiantuntija Anni Vanonen, puhelin 029 505 3875, sähköposti etunimi.sukunimi@kkv.fi.

Ylijohtaja Timo Mattila

Johtava asiantuntija Anni Vanonen

Jakelu

Backstaff Oy

ALLEKIRJOITETTU  
ASIANHALLINTAJÄRJESTELMÄSSÄ