

Nordic Law Sundström Oy Ab

LAUSUNTO

I JOHDANTO

Kaupunginjohtaja Slotte on pyytänyt minulta lausuntoa koskien kaupungin mahdollista velvollisuutta kilpailuttaa niin sanottua "Kuninkaanportin projektia" julkisia hankintoja koskevan lainsäädännön mukaisesti. Suomessa sanottu lainsäädäntö on sisällytetty lakiin julkisista hankinnoista, joka vuorostaan perustuu Euroopan Unionin tiettyihin direktiiveihin. Tämä lausunto on jouduttu tekemään varsin lyhyessä ajassa. Tämän vuoksi lausunto on katsottava alustavaksi kannanotoksi tässä asiassa. On myös mahdollista, että säännökset koskien julkista tukea tulisi tarkistaa koska kaupunki tukee käsilläolevaa hanketta mm. takauksella ja rahoittamalla katu- ja kunnallistyöt. Tähän kysymykseen ei tässä lausunnossa oteta kantaa.

Tätä lausuntoa varten minulla on ollut käytettävissä seuraavat asiakirjat:

- Porvoon Kuninkaanportin alueen yhteistoimintasopimus (18.4.2001)
- Hannu 1. Miettisen ja Jouko Pöyhösen, SRV Viitokset Oy:n memorandum (3.6.2002)
- Kiinteistö Oy Porvoon Kuninkaanportin yhtiöjärjestys ja osakassopimusluonnos
- Kaupunginhallituksen muistio aiheesta 5.6.2002
- Kiinteistökaupan esisopimus
- Kuninkaan kärkiprojektin toteuttamismalli
- Raportti Kuninkaanportin osaamis- ja koulutuskeskuksen nykytilanteesta

BRUSSELS - GENEVA - HELSINKI

Unioninkatu 39 A 9

FIN-00170 Helsinki, Finland

Tel: + 358-9-278 2288 Telefax: + 358-9-629 557

E-mail: firstname.surname@nordiclaw.inet.fi

Reg. Nr. 527.005 Registered office : Helsinki

Member of ACL International

Tämän lausunnon kannalta irrelevantteja asiakirjoja ovat tavoitehintalaskelma sekä Catella Property Consultantsin lausunto 4.6.2002.

Lisäksi on käyty useita lyhyitä keskusteluja kaupunginjohtaja Slotten kanssa henkilökohtaisesti ja puhelimitse.

II KYSEISEN PROJEKTIN KUVAUS PÄÄPIIRTEITTÄIN

Porvoon kaupunki on eri päätöksillä päättänyt edistää teollisuutta ja opetusta alueellaan ja käyttämään tähän tarkoitukseen kaupungin omistamaa tonttimaata. Kaupunki on solminut yhteistyösopimuksen SRV Viitokset Oy nimisen rakentajan kanssa. Yhteistyösopimuksen tarkoitus on juuri mainitun tavoitteen toteuttamista. Yhteistoiminta sopimuksessa todetaan mm. että

“Kaupunki on laatinut yhdessä Viitosten kanssa Porvoon Kuninkaanportin alueen kehittämissuunnitelman edistääkseen yritysten sijoittumista Porvooseen. Kehittämissuunnitelman toteuttamiseksi kaupunki harjoittaa joustavaa kaavoituspolitiikkaa, rakentaa tarvittavan kunnallistekniikan ja omistaa maa-alueita. Kaupunki pyrkii myös kehittämään yhteistyömuotoja tämän ohjelman tavoitteita tukevien tahojen kanssa ja solmii näiden yritysten kanssa tarvittavat sopimukset. Yrityselämän kanssa tehtävien sopimusten tavoitteena on pyrkiä ohjaamaan asiakkaitten sijoittumista tavoitellun kaupunkirakenteen mukaisesti, luomaan lisäresursseja markkinointiin, rahoitukseen sekä tuoda yksityisen yrityselämän näkemys toteuttamiseen.”

Yhteistyösopimuksen toteuttamiseksi on laadittu joukko muita sopimuksia. Niistä mainittakoon tässä sopimus yhteisyrityksestä siihen kuuluvine yhtiöjärjestyksineen, sekä osakassopimus.

Sopimusjärjestelmän tarkoitus on se mikä yllä jo mainittiin, eli Porvoon kaupungin teollisuuden opetuksen ja rakentamisen edistämistä. Kiteytettynä voidaan sanoa, että Porvoon kaupunki kilpailuttamatta on valinnut tehtävään yhteistyökumppanikseen SRV Viitokset Oy nimisen yhtiön. Tämän lausunnon tarkoitus on ottaa kantaa siihen, olisiko Kaupungin tullut (tai tulisiko) kilpailuttaa kyseistä projektia.

III SOVELLETTAVAN LAIN MÄÄRÄYKSET

Suomen hankintalainsäädäntö perustuu Euroopan yhteisön lainsäädäntöön ja kansalliset

hankintaasetuksemme on laadittu vastaamaan EY-direktiivejä. Lainsäädännön soveltamisalasta, keskeisistä menettelyyn liittyvistä periaatteista sekä oikeusturvakeinoista on säädetty julkisista hankinnoista annetussa laissa. Yksityiskohtaiset hankintadirektiivien mukaiset menettelysäännöt on annettu asetuksilla.

Hankintalain soveltamisalaan kuuluvat viranomaisyksiköinä valtion ja kuntien viranomaiset sekä eräät julkishallintoon kuuluvat oikeushenkilöt. Hankintalakia noudattavat myös valtion liikelaitokset, vesi- ja energiahuollon sekä liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivat yksiköt ellei muuta ole säädetty. Valtion ja kuntien tai valtion liikelaitosten rahoittamissa muuten hankintalain soveltamisalan ulkopuolella olevan yksikön tekemissä hankinnoissa on myös noudatettava hankintalaissa säädettyä. 1)

Nyt käsillä olevaan asiaan sovelletaan Lakia Julkisista Hankinnoista (23.12.1992/1505) sekä lakeja julkisista hankinnoista annetun lain muuttamisesta (16.11.2001/1009 ja 28.12.2001/1530).

Lain ensimmäisessä pykälässä sanotaan seuraavaa:

“Soveltamisala ja tarkoitus. Valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden tässä laissa tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailun aikaansaamiseksi sekä tarjousmenettelyyn osallistuvien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi noudatettava hankinnassaan, mitä tässä laissa säädetään.”

1) Julkisten hankintojen direktiivit. Euroopan Unionin julkisten hankintojen direktiivien taustalla ovat EU:n sisämarkkinoiden toimivuuteen liittyvät tavoitteet, kuten tavaroiden ja palvelujen vapaa liikkuvuus. Direktiivien perusteella EU-alueen tietyn kynnysarvon ylittävät julkiset hankinnat on avattu kilpailulle. EU-alueen tarjoajille on direktiiveissä taattu kansalaisuudesta riippumaton, syrjimätön ja tasapuolinen kohtelu niiden osallistuessa julkisten hankintojen tarjouskilpailuihin. Tärkeimmät hankintadirektiivit ovat:

Palveludirektiivi (neuvoston direktiivi 92/50/ETY julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta), **Tavarahankintadirektiivi** (neuvoston direktiivi 93/36/ETY julkisia tavarahankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta), **Rakennusurakkadirektiivi** (neuvoston direktiivi 93/37/ETY julkisia rakennusurakoita koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta), **Peruspalveludirektiivi** (neuvoston direktiivi 93/38/ETY vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alan hankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta), **Valvontadirektiivit** (neuvoston direktiivi 89/665/ETU vesi- ja energiahuollon, liikenteen ja teletoiminnan alalla toimivien yksiköiden hankintamenettelyjä koskevien yhteisön sääntöjen soveltamiseen liittyvien lakien, asetusten ja hallinnollisten määräysten yhteensovittamisesta).

Edellä mainittuja direktiivejä on muutettu direktiiveillä 97/52/ETY sekä direktiivillä 98/4/ETY. Direktiiveissä on kynnysarvoihin, hankinnoista ilmoittamiseen, määräaikoihin, teknisiin eritelmiin, hankintamenettelyjen toteuttamiseen sekä sopimusten tekoon liittyviä säännöksiä. Direktiivien uudistustyö on käynnissä. Hankintadirektiivien tulkinnasta päättää viimekädessä EY-tuomioistuin. Hankintadirektiivit on Suomessa saatettu voimaan julkisista hankinnoista annetulla lailla sekä kynnysarvot ylittäviä hankintoja koskevilla asetuksilla.

3

Julkiisista hankinnoista annettu Asetus lausuu seuraavasti:

“Sen lisäksi, mitä julkisista hankinnoista annetussa laissa (1505/1992) säädetään, tätä asetusta sovelletaan lain 2 §:n 1 momentin 1, 2 ja 4 kohdassa tarkoitettuna hankintayksikön sellaiseen tavara- tai palveluhankintaan, jonka ennakoitu arvo ilman arvonnalisäveroa on vähintään 200 000 erityisnosto-oikeutta (SDR) vastaava määrä ecuina ilmaistuna (kynnysarvo) tämän asetuksen mukaista ennako- tai hankintailmoitusta julkaistessa, sekä sellaisen

rakennusurakan teettämiseen, jonka ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähintään 5 000 000 erityisnosto-oikeutta vastaava määrä ecuina ilmaistuna (kynnysarvo) tämän asetuksen mukaista ennakko tai hankintailmoitusta julkaistaessa.

Tätä asetusta sovelletaan lisäksi julkisista hankinnoista annetun lain 2 §:n 1 momentin 1,2 ja 4 kohdassa tarkoitettujen hankintayksiköiden järjestämiin suunnittelukilpailuihin, jos ne järjestetään osana sellaisen palveluhankintaa koskevan sopimuksen tekemiseen johtavaa menettelyä, jonka ennakoitu arvo ilman arvonlisäveroa on vähintään tässä pykälässä mainittujen kynnysarvojen suuruinen tai jossa osallistujille annettavien palkintojen ja maksettavien palkkioiden yhteenlaskettu arvo on vähintään tässä pykälässä mainittujen kynnysarvojen suuruinen.²⁾

Menemättä enemmälti lainsäädäntöön (jota tässä on voitu vain viitteellisenä indikoida) totean, että käsillä olevaan projektiin soveltuvat useat lain säännökset koska on kysymys mm. sekä yhteistyösopimuksesta (eli puitesopimus), rakentamisesta että rahoitusvelvoitteista (viimeksi mainittu lähinnä takauksen muodossa, mutta myös rahoittamalla katu- ja kunnallistyöt).

Todettakoon myös, että projektin kokonaisarvo ylittää niin sanotut kynnysarvot. Projektin kokonaisarvo on yli 11 miljoonaa euroa. Kynnysarvo rakennusurakassa on kauppa- ja teollisuusministeriön vahvistuksen mukaisesti 6.242.028,00 euroa. Todettakoon vielä, että niin sanottu "pilkkomiskielto" asettaa esteen sille, että tarkasteltaisiin projektin en osat tältä näkökannalta erillisinä projekteina.

2) A kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista 29.5.1998/380. Kauppa- ja teollisuusministeriö on vahvistanut ajalla 1.1.2002- 31.12.2003 sovellettavat julkisten hankintojen kynnysarvot. Kauppa- ja teollisuusministeriön on kynnysarvot ylittävistä hankinnoista annettujen asetusten perusteella ilmoitettava Suomessa sovellettavat julkisten hankintojen kynnysarvojen valuutta-arvot. Tämän vahvistuksen mukaisesti edellä mainitulla ajalla rakennusurakan kynnysarvo on 6.242.028 euroa.

Kai Kaliman teoksessa "Julkiset hankinnat ja Eurooppaoikeus" vuodelta 1996 todetaan yleisesti seuraavaa:

Julkisia hankintoja koskevassa lainsäädännössä rakennusurakalla, johon niinkään sovelletaan hankinta-asetusta, tarkoitetaan sellaista kynnysarvon ylittävää talonrakennus- tai muuta rakennustyötä, joka muodostaa taloudellisen tai teknisen kokonaisuuden.

Puolestaan julkisista rakennusurakkaa koskevalla sopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, jossa urakoitsija sitoutuu rahavastiketta vastaan rakentamaan tai sekä suunnittelemaan että rakentamaan taikka muulla tavalla toteuttamaan sovitun rakennustyön ja käyttöoikeusurakalla edellä tarkoitettua

sopimusta, josta korvauksena on joko rakennuksen käyttöoikeus sellaisenaan tai käyttöoikeus ja urakkahinta yhdessä. 3)

V SOVITTU SOPIMUSJÄRJESTELY

Porvoon kaupunki ja SRV Viitokset Oy ovat lähestyneet kilpailuttamisongelmaa luomalla järjestelmän, jonka avulla vältettäisiin kilpailuttamista. On pidettävä selviönä, että Porvoon kaupunki olisi voinut toteuttaa Kuninkaanportin projektin siten että kaupunki olisi kilpailuttanut suunnittelun, oheistyöt, ja rakennusurakan julkisesti. Sen sijaan, että näin olisi menetelty kaupunki on valinnut toisen tien, jonka turvin on ajateltu voitavan välttää julkista tarjouspakkoa.

Keskeiseksi kysymykseksi nousee siten se asetelma, voiko julkisoikeudellinen yhteisö perustamalla jonkun ei-julkisoikeudellisen tahon kanssa yhtiön, välttää julkista tarjouspakkoa.

Tässä tapauksessa SRV Viitokset Oy on yhteistuumin kaupungin kanssa ottanut käyttöön jo vuonna 2001 perustetun osakeyhtiön. Kaupungin hallituksen muistiossa "Kuninkaanportin kärkiprojektin toteuttaminen (10.06.2002) todetaan mm. seuraavaa:

"Valtuuston periaatepäätöksen jälkeen valmistelutyötä on jatkettu. Kiinteistöyhtiöksi on todettu tarkoituksenmukaisimmaksi aktivoida SRV Viitokset Oy:n keväällä 2001 perustama ja rekisteröimä Kiinteistö Oy Porvoon Kuninkaanportti (Yritys- ja

5

yhteisötunnus 1661104-1). Liitteenä olevan osakassopimuksen mukaisesti kiinteistöosakeyhtiön osakkaiksi tulevat Porvoon kaupunki 49 % osuudella, SRV Viitokset Oy 11 % osuudella ja sijoittaja 40 % osuudella. Osakassopimuksella sovitaan mm. osakkaiden keskinäisistä suhteista ja järjestelyn edellyttämistä yhtiöoikeudellisista toimenpiteistä. Yhtiön yhtiöjärjestys muutetaan liitteenä olevan mukaiseksi. Lisäksi on tehty esitys kiinteistöosakeyhtiön ja kaupungin väliseksi tonttikaupan esisopimukseksi, joka käsitellään erikseen."

Osakkeitten jakautuma on tehty siten että kaupunki ornistaa 49% koko osakekannasta mutta 100 % sarja A:n osakkeista (joilla on tietty etuoikeusasema) ja SRV Viitokset 11% koko osakekannasta B-osakkeina. On ajateltu, että ulkopuolinen sijoittaja merkitsee loput 40 % sarjasta B. Lisäksi kaupungilla on edustus yhtiön hallituksessa nimeämensä edustajan kautta ja vielä siten että tietyt päätökset on oltava yksimielisiä eli kaupungilla on tietyissä asioissa "veto" oikeus. Kaupunki sitoutuu myös siihen että osakassopimuksen

tavoitteita noudatetaan yhtiön päätöksissä. Asiaan saattaa myös vaikuttaa osakkeitten lunastus ja myynti säännökset.

Lisäksi on osakassopimuksessa sovittu siitä että kaupunki asettaa omavelkaisen takauksen sille pankki lainalle jonka turvin projektia on tarkoitus rahoittaa. Voidaan todeta että projektin talousvastuu siten on kaupungilla koska SRV Viitoset Oy yhtä vähän kuin mukaan tuleva kolmas taho mitä ilmeisemmin kantaa vastaavanlaista taloudellista vastuuta. Syynä tähän järjestelyyn on sanottu olevan tarve pitää rahoituskustannuksia mahdollisimman alhaisina joka tavoite toki on kaikkien osakkaiden etu projektin kaupallista toteutumista ajatellen (mm. vuokrataso voidaan pitää alemmalla tasolla). Lisäksi tiettyä lisärahoitustarvetta varten on ajateltu asettaa yhtiön osakkeet pantiksi.

Kaupunki toisaalta myy tarvittava maa alue SRV Viitoselle sekä samalla sitoutuu tekemään ne katu ja muut kunnallistyöt (saadulla kauppasummalla) joita projektin läpivieminen edellyttää.

VI ARVIO KILPAILUTTAMISVELVOITTEESTA

Yllä olevan pohdiskelun valossa on arvioitava pääasiallisesti seuraava kysymys:

6

3) Julkiset hankinnat ja Eurooppaoikeus, Kai Kalima, Helsingin Yliopisto 1996, s. 90-91

Voiko julkisoikeudellinen yhteisö (tässä kunta) välttää kilpailuttamisvelvoitetta siten kun tämä velvoite on voimassa olevassa kansallisessa lainsäädännössä ja Euroopan yhteisön direktiiveissä ilmaistu, perustamalla yksityisoikeudellinen yhtiö osakeyhtiön muodossa, jossa kunnan osakkeen omistus rajoittuu 49 %:iin koko osakekannasta. On tietenkin selvää, että yhtiöoikeudellisesti yhtiö on itsenäinen oikeushenkilö. Jos tämä olisi ainoa seikka mihin pitäisi kiinnittää huomiota asia olisi sillä selvä. Näin tuskin kuitenkaan voidaan asiaa ajatella. On pohdittava laajemmalti kaupungin roolia ja asemaa ehdotetussa järjestelyssä. Arvioitaessa mahdollista velvollisuutta rakennushankkeen kilpailuttamiseen on tarkasteltava edellä kuvailtua järjestelyä kokonaisuutena. On myöskin ratkaistava esikysymys siitä, voidaanko nyt järjesteltävää hanketta kutsua Laissa julkisista hankinnoista 1 luvun 4 § :n 1 kohdan mukaiseksi hankinnaksi. Tällöin ratkaisevaa vallitsevan oikeuskäytännön mukaisesti on se, voidaanko sopimuskokonaisuuden pääasialliseen osaan (järjestely) soveltaa julkisista hankinnoista annettua lakia. 4)

Tämän lisäksi Kaliman edellä mainitussa teoksessa todetaan:

“Edellä mainittujen direktiivien mukaisesti julkisista hankinnoista annetun asetuksen (JhankA, 24.2.1995 243) 5.1 :n 4-kohdassa julkista rakennusurakkaa koskevalla sopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, jolla on taloudellista arvoa ja jossa urakoitsija sitoutuu rakentamaan tai sekä rakentamaan että suunnittelemaan tai muulla tavalla toteuttamaan sovitun rakennustyön:⁵⁾

Kun katsotaan koko sopimuskokonaisuutta tässä valossa, vaikuttaa ilmeiseltä kuitenkin huomioiden mitä yllä on lausuttu, että on olemassa kilpailuttamispakko tälle projektille.

Kilpailuttamispakko perustuu tässä asiassa mm. siihen että on:

- ilmeistä, että hanke kokonaisvaltaisesti ottaen on kaupungin etuja ajava hanke (joskin etua on myös SRV Viitokset Oy:lla ja tulevalla rahoittajalla) joka liittyy läheisesti kaupungin kehittämisiin suunnitelmiin.

-projektiin liittyy **suunnittelu** joka on hankinta lainsäädännön alaista toimintaa

-projektiin liittyy **rakentamista ja hankintaa** joka on hankinta lainsäädännön alaista toimintaa

4) Kts. oikeustapaus 15.2.2002/315 KHO:2002:19, jonka perusteluissa painotetaan kokonaisarvion tärkeyttä.

7

-projektiin liittyy **rahoitusta** (takuiten muodossa) joka on hankinta lainsäädännön alaista toimintaa

-projektiin liittyy maa alueen myyntiä rakennuttamistarkoitusta varten (monella yrittäjällä saattaisi olla mielenkiintoa kunnallisen maan ostamiseen varsinkin jos siihen liittyy etuna kunnallistyöt, rahoituksen takaus ym. julkisia järjestelyjä).

-sopimuskokonaisuuteen liittyy asiakirja jota voitaisiin katsoa puitesopimukseksi (Porvoon Kuninkaanportin alueen yhteistoimintasopimus) ja siten kilpailuttamispakon alaisena järjestelynä.⁶⁾

-SRV- Viitokset Oy:n ja Porvoon kaupungin välistä sopimuskokonaisuutta tarkasteltaessa voidaan sanoa, että pääasialliseen osaan tästä järjestelystä voidaan soveltaa lakia julkisista hankkeista

Asetuksessa, joka on annettu 29. toukokuuta 1998 määritellään “rakennusurakka” seuraavasti:

“rakennusurakalla tarkoitetaan sellaista talonrakennus- tai muuta rakennus- tai purkutyötä, joka muodostaa taloudellisen tai teknisen kokonaisuuden,

VII ERIYISESTI PYKÄLÄSTÄ 6 OSAKASSOPIMUKSESSA

Kaupunginjohtaja Slotte on ilmoittanut, että SRV Viitokset Oy olisi halukas luopumaan osakassopimuksen pykälän 6 määräyksistä. Pykälä käsittää Kaupungille asetetut erityiset oikeudet ja veloitteet rakennusjakson aikana.

Kyseisen pykälän poistaminen ei nähdäkseni tuo ratkaisevaa muutosta siihen kokonaisarvioon, jonka alla esitän, joskin kyseinen pykälä varsin selvästi tuo esille kaupungin ratkaisevaa myötävaikutusveloitetta ja todellista roolia tässä projektissa.

5) Julkiset hankinnat ja Eurooppaoikeus, Kai Kalima, Helsingin Yliopisto 1996, s. 22

6) Puitesopimuksella tarkoitetaan kirjallista sopimusta, jonka hankintayksikkö tekee yhden tai useamman

tavarantoimittajan, palvelun suorittajan tai rakennusurakoitsijan kanssa ja jossa sovitaan tietyn ajan kuluessa tehtäviin hankintoihin sovellettavista hinnoista, määristä tai muista ehdoista.

VIII LOPPUTOTEAMA

Arvioni on, kuitenkin huomioiden mitä yllä on sanottu, niiden asiapapereitten ja selvitysten perusteella mitkä lausuntoa varten on minulle toimitettu, että Kuninkaanportin projekti tulisi kilpailuttaa.

Mikäli kilpailuttamista ei harkita, laki määrää tietyt sanktiot jos mahdollisen valitusmenettelyn yhteydessä katsottaisiin, että kunta on rikkonut hankintalain määräyksiä.

G.O. Zacharias Sundström

OTT, Professori

