

In memoriam
Kari S. Tikka
1944–2006

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS
SUOMEN LAKIMIESLIITTO
HELSINGIN YLIOPISTON OIKEUSTIETEELLINEN
TIEDEKUNTA
HELSINKI

Toimituskunta / Editorial Board

Edward Andersson

Kai Kalima

Timo Viherkenttä

Pekka Vihervuori

Tilausosoite / Orders

Suomalainen Lakimiesyhdistys / Finnish Lawyers' Association

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki, Finland

tel. +358 (0)9 6120 300

fax + 358 (0)9 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Kari S. Tikan valokuva s. V Jakke Nikkarinen

Taitto: Keski-Suomen Painotuote Oy

ISSN 0356-7222

ISBN 978-951-855-266-9

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2007

Kai Kalima

Velvollisuudesta kilpailuttaa kiinteän omaisuuden vuokraus

Hankintayksikön vuokrausvaihtoehdoista

Julkisista hankinnoista annetun lain 2 §:ssä hankintayksiköllä tarkoitetaan julkista organia kuten valtion viranomaista, kuntaa tai kuntayhtymää tai tähän julkisista hankinnoista annetun lain 2 §:ssä rinnastettua yhteisöä tai toimielintä. Siten kuin edellä mainitussa säännöksessä säädetään myös yksityinen yhteisö saattaa tulla hankintayksikkönä hankintalain ja hankintasetuksen soveltamisen piiriin.

Kysymys kiinteän omaisuuden vuokrauksen kilpailuttamisvelvollisuudesta tulee tavallisesti esiin, kun hankintayksikkö joutuu selvittämään, onko se velvollinen kilpailuttamaan uusien toimitilojen hankinnan. Tämä on yleensä tarkoittanut sen selvittämistä, onko hankintayksikkö velvollinen hankintalainsäädännön perusteella kilpailuttamaan omaan käyttöönsä vuokraamat toimitilat. Ongelmia on aiheutunut muun muassa siitä, pitääkö tilojen jo vuokrauspäätöstä tehtäessä olla olemassa vai voidaanko ne päätöksen jälkeen rakennuttaa ja vuokrata vuokrausta kilpailuttamatta.

Toteuttamisvaihtoehdosta riippuen vuokrauksessa voisi olla kysymys palvelun hankinnasta. Rajanveto kiinteän vuokrauksen ja rakennusurakan sisältävän vuokrauksen välillä voi osoittautua ongelmalliseksi. Käytännössä näet maan ja sillä olevan rakennuksen hankinta jää usein sekä hankintadirektiivin määräysten että kansallisten *hankintasäännösten soveltamisen ulkopuolelle*. EY:n hankintadirektiivin (2004/18/EY) 16 artiklaa ei sen sanamuodon mukaan sovelleta ”maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta, millä rahoitusmuodolla tahansa, taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia”.

Edellä 16 artiklassa mainitut sopimukset eivät siis ole luonnehdittavissa tavaranhankintaan liittyviksi palvelu- tai kunnossapitotöiksi eivätkä myöskään julkisiksi rakennus- tai käyttöoikeusurakoiksi. Rajatapauksessa sovellettavaksi saattavat kuitenkin tulla hankintadirektiivin rakennusurakkaa koskevat määräykset ja rakennusurakkaa koskevat kansalliset hankintasäännökset, jotka velvoittavat kilpailuttaman myös vuokrauksen, kun se liittyy hankintalain mukaan kilpailutettavaan hankintaan.

Toimitilojen hankkiminen ja niiden vuokrauksen kilpailuttamisvelvollisuus riippuu usein siitä, millä tavoin ja milloin tilat otetaan käyttöön. Toteutusmallissa, jossa rakennus ja tontti

myydään yhdessä, rakennusliike ostaa maapohjan ja rakentaa sille rakennuksen, minkä jälkeen yritys myy tontin rakennuksineen hankintayksikölle, on kysymyksessä kiinteistön kauppa, johon hankintasäännöstöä ei yleensä sovelleta.

Oikeudellisesti edellistä ongelmallisempi on tilanne, jossa rakennusliike tai rahoitusyritys hankkii tontin, jolle vuokrattava rakennus rakennetaan. Tämän jälkeen rakennuksen ja tontin omistavan yrityksen kanssa solmitaan vuokrasopimus, joka voidaan tehdä osto-optiolla tai ilman sitä. Eri syistä vuokrasopimukset laaditaan usein osto-optioidin. Osto-optiolla varustettu vuokrasopimus laaditaan yleensä siten, että hankintayksikkö varaa itselleen oikeuden lunastaa vuokraamansa rakennuksen tai tilat määräajan kuluttua vuokrasopimuksen voimaantulosta. Määräajan kuluttua umpeen osto-optio raukeaa.

Sopimus voidaan laatia myös siten, että osa kustakin vuokraerästä luetaan osto-optiota käytettäessä rakennuksen kauppahinnan vähennykseksi. Käytännössä hyvin tavallista on, että rakennusliike myy tontin rakennuksineen vakuutusyhtiölle tai muulle institutionaaliselle sijoitusyhtiölle, joka sitten vuokraa tontin ja tilat hankintayksikölle. Mahdollista on myös rakentaa hankintayksikön omistamalle tontille, ja vuokrata valmis rakennus hankintayksikölle. Kilpailuttamisvelvollisuus siis pitkälti riippuu siitä, mikä on vuokrasopimuksen oikeudellisesti relevantti sisältö.

Sovellettava oikeussäännöstö

Euroopan yhteisön oikeuteen liittyvistä määräyksistä, jotka saattavat tulla sovellettavaksi edellä mainittuihinkin toteuttamisvaihtoehtoihin ensisijaisia ovat perustamissopimuksen määräykset. Näitä ovat lähinnä syrjinnän kieltö, tavaroiden vapaan liikkuvuuden periaate, yritysten vapaa sijoittautumisoikeus ja oikeus tarjota palveluja koko yhteisön alueella sekä valtion välittömän ja välillisen tuen kieltö. Edellä mainitut EY:n perustamissopimuksen määräykset, EY:n julkisia hankintoja koskevat direktiivit ja EY:n tuomioistuimen julkisia hankintoja koskevat päätökset muodostavat sen tulkinta-aineiston, joka ensi sijassa ohjaa myös kansallisten hankintasäännösten tulkinnassa.

Edellä mainittua EY:n oikeuden tulkintavaikutusta nimitetään *lojaalisuusperiaatteeksi*, millä tarkoitetaan sitä, että Suomen kansallisia, julkisia hankintoja koskevia säännöksiä tulkitaan yhdensuuntaisesti EY:n oikeuden edellä mainittujen oikeuslähteiden kanssa. Epätietoisessa ristiriitatilanteessa lojaalisuusperiaatteen soveltaminen johtaa siihen, että EY:n oikeuden kilpailupoliittiset ja muut päämäärät pyritään mahdollisimman täydellisesti toteuttamaan.

Kesäkuun 1 päivänä 2007 voimaan tulleen hankintalain 8 §:n mukaan hankintalakia ei sovelleta ”1) maan, *olemassa olevien* rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä tahansa rahoitusmuodolla taikka näihin liittyviä oikeuksia” (kursivointi tässä). Ennen mainittua ajankohtaa vuokraukseen sovellettiin hankinta-asetuksen 5 §:n 1 momentin 3-kohtaa, jonka mukaan palvelujen hankintaa koskevalla sopimuksella ei kuitenkaan tarkoitettu ”kiinteän omaisuuden, rakennusten tai niihin liittyvien oikeuksien hankintaa tai

vuokrausta koskevaa sopimusta riippumatta sen rahoitusmuodosta ja maksutavasta”. Edellä mainitut säännökset siis eroavat toisistaan siten, että uudessa, voimassa olevan lain säännöksessä edellytetään *rakennusten olemassaoloa*, mikä sanamuoto siis perustuu EY:n hankintadirektiivin 16 artiklan sanamuotoon ja mitä koskevaa mainintaa ei hankinta-asetuksen 5 §:n säännökseen sisällynyt.

Oikeuskäytäntö

EY:n tuomioistuin ohjaa julkisista hankinnoista annettujen kansallistenkin säännösten tulkintaa, koska epätietoisessa tapauksessa EY:n tuomioistuimelta voidaan pyytää ennakkoratkaisu, jota ylimmän tuomioistuimen sitä pyytäessä on noudatettava. Niinpä *yhtä hyvin rakennusliike kuin rahoitusyhtiö* voivat eräissä tapauksissa tulla käsitellyiksi hankintayksikköinä. Viittaaan tältä osin EY:n oikeuskäytäntöön.

EY:n tuomioistuimen oikeuskäytäntö näet osoittaa sen tulkinneen hankintayksikön käsitettä laajemmin kuin miksi se on implementoitu HanL 2 §:ssä. Ratkaisussaan *Beentjes v. Hollanti* (1988 ECR, s. 4635 *Gebroeders Beentjes BV v. Netherlands*) EY-tuomioistuin katsoi hankintayksiköksi, johon oli sovellettava hankintadirektiivejä, maanparannuksesta huolehtivan yksityisen organisaatioon kuuluvan komitean, joka ei edes ollut oikeushenkilö. Ratkaisu perustui pitkälti *komitean tehtävään* ja rahoitukseen, jotka katsottiin julkisoikeudellisiksi.

Yksityisen organisaatioon kuuluva yritys tai muu yhteisö voi muodostua hankintayksiköksi myös sen johdosta, että se tekee hankinnan hankintayksikön puolesta ja sen lukuun. Viimeksi mainittu periaate toimii *myös päinvastaisesti*. Viittaaan tältä osin EY:n tuomioistuimen ratkaisuun C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria AG vastaan Strohal Rotationdruck GesmbH*), jossa hankintadirektiiviä ei sovellettu hankkeeseen, joka oli alusta alkaen kuulunut sellaisen yrityksen toimialaan, joka ei ollut hankintayksikkö, mutta jota koskevan hankintapäätöksen hankintayksikkö oli tehnyt tytäryrityksensä lukuun. *Teolliseen ja kaupalliseen toimintaan kuuluvien* toimitilojen vuokraamisen ei siten voitu katsoa kuuluvan julkisen hankintatoimen piiriin.

Yksittäistapauksessa oikeusohjeet hankintadirektiivin ja kansallisten hankintasäännösten soveltamisesta saadaan muun ohessa *erittelemällä* tarjouspyyntöä ja muita hankinta-asiakirjoja sekä niitä sopimuksia tai sopimusluonnoksia, joita hankinnan toteuttamiseksi joudutaan tekemään.

Tässä viitataan myös EY:n tuomioistuimen ratkaisuun *Varkauden Taitotalo Oy:n* asiassa (C-18/01). Taitotalo-osakeyhtiötä koskevassa ratkaisussa EY:n tuomioistuin totesi seuraavaa:

”Alueellisen tai paikallisen julkisyhteisön perustama, omistama ja johtama osakeyhtiö tyydyttää direktiivin 92/50/ETY 1 artiklan b alakohdan toisessa alakohdassa tarkoitettulla tavalla yleisen edun mukaisia tarpeita, kun se hankkii palveluita, joiden tarkoituksena on edistää teollisen tai kaupallisen toiminnan kehittämistä kyseisen julkisyhteisön alueella. Sen määrittämiseksi, ovatko nämä tarpeet luonteeltaan muita kuin teollisia tai kaupalli-

sia, kansallisen tuomioistuimen on arvioitava olosuhteita, joissa tämä yhtiö on perustettu, ja niitä edellytyksiä, joilla se harjoittaa toimintaansa mukaan lukien se, *ettei sen ensisijaisena tarkoituksena ole voiton tavoittelu*, se, ettei se vastaa tähän toimintaan liittyvistä riskeistä, sekä kyseisen toiminnan mahdollinen julkinen rahoitus (kursivointi tässä).”

”Se, että rakennettavat tilat vuokrataan vain yhdelle yritykselle, ei kyseenalaista vuokraajan asemaa julkisoikeudellisena laitoksena, kun on osoitettu, että se tyydyttää yleisen edun mukaisia muita kuin teollisia tai kaupallisia tarpeita.”

Kriteeriksi edellä mainitussa asiassa teollisten ja kaupallisten tarpeiden osalta katsottiin se, kantaako yhteisö (Taitotalo-osakeyhtiö) vastuun päätöksistään ja niistä seuraavasta *taloudellisesta riskistä* ja toimiiko se kunnan yleisten tarpeiden vai *yhden yrityksen* liiketoiminnan edistämiseksi, mikä ei yleensä kuulu edes kunnan kuntalain mukaiseen toimintaan.

Toimitilojen vuokrausta koskevan kilpailuttamisvelvollisuuden kannalta tähän mennessä merkittävin kansallinen ratkaisu on Poliisin tietohallintokeskuksen (PTHK) vuokrausasia. Markkinaoikeus antoi asiassa 29 päivänä syyskuuta 2003 seuraavan sisältöiset ratkaisut (183 ja 184/2003):

Julkisista hankinnoista annetun lain (hankintalaki) 1 §:ssä säädetään lain soveltamisalasta ja tarkoituksesta. Hankintalain 1 §:n 1 momentin mukaan valtion ja kuntien viranomaisten sekä muiden hankintalaissa tarkoitettujen hankintayksiköiden on kilpailun aikaansaamiseksi sekä tarjousmenettelyyn osallistuvien tasapuolisen ja syrjimättömän kohtelun turvaamiseksi noudatettava hankinnassaan, mitä hankintalaissa säädetään.

Hankintalain 4 §:n 1 kohdan mukaan hankinnalla tarkoitetaan tavaroiden ja palveluiden ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä. Kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista sekä rakennusurakoista annetun asetuksen (hankinta-asetus) 5 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan palveluhankintasopimuksella ei tarkoiteta kiinteän omaisuuden, rakennusten tai niihin liittyvien oikeuksien hankintaa tai vuokrausta koskevaa sopimusta riippumatta sen rahoitusmuodoista tai maksutavasta.

Julkisia palveluhankintoja koskevien sopimusten tekomenettelyjen yhteensovittamisesta annetun neuvoston direktiivin (92/50/ETY) 1 artiklan a kohdan mukaan julkisia palveluhankintoja koskevilla sopimuksilla tarkoitetaan direktiivissä rahallista vastiketta vastaan tehtyjä kirjallisia sopimuksia, jotka on tehty palvelujen suorittajan ja hankintaviranomaisen kesken lukuun ottamatta maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta millä rahoitusmuodolla tahansa taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia.

Hankintayksikkö Poliisin tietohallintokeskus on pyytänyt tarjouksia pysyvistä vuokratiloista Rovaniemen kaupungissa. Tarjouspyynnön 13.09.2002 mukaan suunnitelmat laaditaan ja toimitilojen rakentaminen (ja/tai peruskorjaaminen) toteutetaan noudattaen tarjouspyynnössä ilmeneviä asiapapereita ja hyvää rakennustapaa.

Hankintayksikkö on saanut neljä tarjousta, joissa kaikissa on tarjottu vuokrattavaksi uusi rakennus, joka rakennettaisiin tarjoajan hallitsemalla maalle. Hankintayksikkö ei ole saanut tarjouspyynnön perusteella yhtään tarjousta, jossa olisi tarjottu valmis rakennus, joka peruskorjattaisiin. *Peruskorjattavan valmiin rakennuksen vuokraus jäisi joka tapauksessa hankintalainsäädännön soveltamisen ulkopuolelle. Hankintayksikkö ei myöskään tule tekemään hankittavista tiloista urakkasopimusta vaan vuokrasopimuksen.*

Hankintayksikkö ei ole omistanut tai hallinnut Rovaniemen kaupungissa sellaista kiinteää omaisuutta, johon se olisi pyytänyt tarjouksia pysyvistä vuokratiloista. *Kaikki*

tarjoajat ovat tarjonneet toimitilaratkaisuja hallitsemilleen maa-alueille. Asiassa ei ole esitetty mitään selvitystä, että vuokrattava rakennus olisi tarkoitus myöhemmin siirtää hankintayksikön omistukseen.

Hankintalainsäädännön ulkopuolelle on rajattu kiinteän omaisuuden ja rakennusten hankkiminen ja vuokraaminen. Kilpailua, joka tuottaisi *vertailukelpoisia ja yhteismitallisia* tarjouksia pysyvistä vuokratiloista joko rakentamalla tai peruskorjaamalla *ei voida hankintayksikön toimesta järjestää muualla kuin sen itsensä hallitsemalla maalle.*

Kuuluuko hankinta hankintalainsäädännön piiriin vai ei, ratkeaa hankinnan tosiasiallisen *objektiivisen luonteen mukaan*, eikä sillä seikalla, mihin juridiseen muotoon se on puettu, ole ratkaisun kannalta merkitystä. Hankintalain nojalla voitaisiin katsoa, että tarjouspyyntö on tarkoittanut hankintalaissa tarkoitettua urakalla teettämistä ja/tai palveluhankintaa, vaikka tarjouspyyntö on puettu rakennuksen vuokrasopimuksen muotoon.

Hankintalaki ei tule noudatettavaksi sillä perusteella, että hankinnasta on julkaistu hankintailmoitus ja tarjouspyynnössä on viitattu hankintalain käsitteisiin, jollei hankinta tosiasiallisesti kuulu hankintalain piiriin.

Markkinaoikeus katsoo, että asiassa on ratkaisevaa se, että tarjouksia on pyydetty pysyvistä vuokratiloista, *jotka rakennetaan tai peruskorjataan muualla kuin hankintayksikön hallitsemalle maalle, ja joiden vuokratilojen omistusoikeus ei siirry hankintayksikölle. Kyse on ollut sellaisesta rakennuksen vuokrasopimuksesta, joka jää hankintalainsäädännön ulkopuolelle eikä markkinaoikeus siten ole toimivaltainen asiaa käsittelemään* (kursivointi tässä).

Edellä esitetyn perusteella markkinaoikeus jätti hakemukset äänestyksen jälkeen äänin kolme puolesta ja kaksi vastaan (3–2) tutkimatta ja hylkäsi esitetyt oikeudenkäyntikuluvaatimukset. Korkeimpaan hallinto-oikeuteen tehdyn valituksen tultua peruutetuksi markkinaoikeuden päätökset jäivät pysyviksi.

Markkinaoikeuden edellä mainituissa päätöksissä todetaan, että lain ulottaminen vuokraukseen ja sen myötä kilpailuttamisvelvollisuuden ulottuvuus ratkeavat hankinnan *objektiivisen laadun* perusteella, joka ilmenee sopimuksen tarkoituksesta. Markkinaoikeuden ratkaisu on tehty aikaisemman direktiivin (92/50/ETY) voimassa ollessa. Tämä puolestaan on vastaavalta osaltaan *identtinen* nykyisen direktiivin 16 artiklan määräysten kanssa.

Päätösten mukaan hankintakilpailua, joka tuottaisi yhteismitallisia tarjouksia, ei voida järjestää muuta kuin *hankintayksikön omistamalle maalle*. Siis markkinaoikeuden mukaan vuokraustarjouksia, joissa kukin tarjoaa tiloja muualla kuin hankintayksikön omistamalla maalla, *ei voida kilpailuttaa* hankintalain mukaan, koska eri rakennuspaikoilla sijaitsevat tontit tekevät tarjouksista yhteismitattomia. Oikeus katsoi myös, että tilannetta ei muuta muuksi se, että hankintayksikkö tarjouspyynnössä tai hankinta-ilmoituksessa ilmoittaa, että sopimukseen *soveltuvien osien* noudatetaan lakia julkisista hankinnoista, jollei hankinta tosiasiallisesti kuulu hankintalain piiriin. Vaikka kyseisellä lakiviittauksella ei päästäisikään markkinaoikeusprosessiin, sen käyttäminen kuitenkin hankintayksikön ja tarjoajien välisessä suhteessa näyttäisi johtavan siihen, että tarjoajien on tarjouksia antaessaan ja hankintayksikön päätöstä tehdessään soveltuvien osien noudatettava hankintalakia. Tämä puolestaan voitaneen saattaa tutkittavaksi tavallisessa hallintoprosessissa.

Päätöksiin sisältyy kahden jäsenen eriävä mielipide, jossa todetaan muun muassa seuraavaa:

”Harkittaessa nyt kyseessä olevan vuokrasopimuksen todellista luonnetta on huomioon otettava palveluhankintadirektiivin johdantolause, jonka mukaan direktiivin 71/305/ETY mukaisesti sopimusta pidetään julkista rakennusurakkaa koskevana sopimuksena *vain, jos sen kohteena on rakennusurakan suorittaminen; jos tällainen rakennusurakka on merkitykseltään toissijainen eikä sopimuksen varsinainen kohde, sopimusta ei pidetä julkista hankintaa koskevana sopimuksena.* Näin ollen jos hankinnan tosiasiallisena luonteena on rakennuksen teettäminen hankintayksikölle sen edellyttämien kriteerien mukaan, hankintaa on pidettävä hankintalainsäädännössä tarkoitettuna rakennusurakkana. *Asian arviointiin hankintalainsäädännön perusteella ei vaikuta se, olisiko hankintayksiköllä tosiasiallista tai juridista mahdollisuutta hankkia rakennus omistukseensa.*” (Kursivointi tässä.)

Eriävän mielipiteen mukaan sopimusta olisi pidettävä hankintana eli ostamisena huolimatta siitä, että tontin *omistusoikeus ei sopimuksessa lainkaan siirry* tai tilaaja ei saa omistusoikeutta rakennettaviin rakennuksiin. Myöskään tonttien erilaisuudesta johtuvalle tarjousten vertailukelpoisuudelle ei eriävässä mielipiteessä ole kiinnitetty huomiota. Kuitenkin hankinnan olennaisena tunnusmerkinä on yhtä hyvin EY:n kuin kansallisessakin lainsäädännössä se, että kiinteän omaisuuden tai rakennuksen *omistusoikeus siirtyy.*

Julkisista hankinnoista annetun lain 5 §:n mukaan hankintasopimuksella tarkoitetaan tavaroiden ja palvelujen ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä taloudellista vastiketta vastaan. Edellä mainitussa tekstissä vuokraus siis koskee ainoastaan irtainta esinettä (leasing) eikä maata tai rakennusta.

Myöskään palveluhankintasopimuksella ei tarkoiteta kiinteän omaisuuden, rakennusten tai niihin liittyvien oikeuksien hankintaa tai vuokrausta. Viittaa tältä osin jo vuoden 1992 hankintalain (23.12.1992/1505) ja -asetuksen 5 §:ään, joka sisällöltään lähes täysin vastaa nykyistä lakia, voimassaolon aikana tehtyyn *kilpailuneuvoston ratkaisuun 53/690/2001 ja KHO:n ratkaisuun 15.02.2002 taltio 315.*

Kempeleen kunnassa aloitti elokuussa 2002 toimintansa monitoimihalli, johon sisältyi noin 2 400 m²:n suuruinen harjoitusjäähalli, 1 600 m²:n suuruinen sisäliikuntatila ja kahvio- yms. yhteis- ja erityistiloja n. 800 m². Julkisista hankinnoista annetun lain 4 §:n 1 -kohdan mukaan hankinnalla tarkoitetaan tavaroiden ja palveluiden ostamista, vuokraamista tai siihen rinnastettavaa toimintaa sekä urakalla teettämistä. Kysymyksessä olevassa asiassa liikuntahallitilojen vuokraus yrittäjälle on osa laajempaa sopimuskokonaisuutta, jossa kunta tilojen vuokrauksen ohella hankkii palveluja. Järjestelyyn kuuluu siten ensinnäkin tilojen vuokraaminen yrittäjälle. Toiseksi siihen sisältyy hallien käyttövuorojen luovuttaminen eri käyttäjäryhmille kuten urheiluseuroille ja kunnan jäsenille korvausta vastaan. Kolmanneksi järjestelyyn kuuluu, että *kunta vuokraa* 300 000 markan korvausta vastaan vuodessa hallien käyttövuoroja koulujen aukioloaikoina.

Asiassa olevan aineiston perusteella on arvioitavissa, että sopimusjärjestelyn keskeinen osa on hallitilojen vuokraaminen yrittäjälle siinä tarkoituksessa, että tämä järjestää hallin käyttövuorojen luovuttamisen korvausta vastaan ulkopuolisille käyttäjäryhmille. Julkisista hankin-

noista annetun lain 4 §:n 1-kohdan säännöksestä seuraa, ettei sanottua lakia sovelleta, kun kunta vuokraa omaisuutta ulkopuoliselle yrittäjälle.

Korkeimman hallinto-oikeuden päätös oli äänestyspäätös (4 puolesta, 1 vastaan). Vähemmistöön jäänyt hallintoneuvos Nykänen katsoi sopimuskokonaisuuden muodostavan julkisen hankinnan.

Kilpailuneuvosto totesi päätöksessään vastaavasta tältä osin seuraavaa:

”Kyseisessä asiassa Kempeleen kunta on vuokralle antajan asemassa eikä kyse näin ollen ole hankinnasta. *Toisaalta julkisia hankintoja koskevia oikeusohjeita ei muutoinkaan sovelleta esimerkiksi kiinteistöjen vuokrasopimuksiin, vaikka julkinen viranomaistaho tai muu julkinen yhteisö olisi vuokraajankin ominaisuudessa.*” (Kursivointi tässä.)

Ongelmaa valaisee myös kaksi muuta kilpailuneuvoston lainvoimaista ratkaisua. Ensimmäisessä (5.2.2001 D:no 15/690/2001) oli kysymys Tampereen kaupungin omistamien laboratoriotilojen vuokraamisesta Tampereen teknilliselle korkeakoululle. Hakija vaati kilpailuneuvostoa antamaan selvityksen toimitilan vuokrausta koskevasta kilpailuttamisesta ja lain 9 §:ssä tarkoitettua seuraamusta edellyttäen, että hanke olisi tullut julkisista hankinnoista annetun lain mukaan kilpailuttaa. Ratkaisussaan kilpailuneuvosto totesi muun muassa seuraavaa:

”Kynnysarvot ylittävistä tavara- ja palveluhankinnoista annetun asetuksen (380/1998) 5 §:n 2 momentin 1 kohdan mukaan palveluhankintasopimuksella ei tarkoiteta kiinteän omaisuuden, rakennusten tai niihin liittyvien oikeuksien hankintaa tai vuokrausta koskevaa sopimusta riippumatta sen rahoitusmuodosta tai maksutavasta.

EY:n julkisia palveluhankintoja koskevan direktiivin 1 artiklan a-kohdan kolmannen alakohdan mukaan julkista palveluhankintaa koskevalla sopimuksella ei tarkoiteta maan, olemassa olevien rakennusten tai muun kiinteän omaisuuden hankintaa tai vuokrausta taikka näihin liittyviä oikeuksia koskevia sopimuksia.

Kilpailuneuvosto toteaa, että julkisia hankintoja koskevia säännöksiä ei sovelleta kiinteän omaisuuden tai sen osan ostamiseen tai vuokraamiseen taikka näihin liittyviä oikeuksia koskeviin sopimuksiin. Edellä tarkoitettut oikeustoimet jäävät julkisia hankintoja koskevien säännösten ulkopuolelle myös EY:n kynnysarvojen alle jäävien sopimusten osalta.” (Kursivointi tässä.) Päätöslauselman mukaisesti kilpailuneuvosto jätti hakemuksen kokonaan tutkimatta. Päätös jäi lopulliseksi.

Kilpailuneuvoston toisessa vuokrausta koskevassa ratkaisussa (12.10.2000 D:no 97/690/2000) otettiin kantaa *tilojen hankkimiseen* Kemin kaupungin tietohallintokeskukselle. Kemin kaupunki merkitsi 155 kappaletta perustettavan kiinteistöyhtiön 1 000 markan hintaisia osakkeita, mikä muodosti 38,75 prosenttia koko osakekannasta sekä kiinteistöyhtiölle 7 000 000 markan lainan kiinteistön hankinta- ja muutuskustannuksiin kaupungin tulevaa kiinteistökiinnitystä vastaan.

Kokonaistilantarve oli noin 700 m², jotka Kemin kaupunki päätti vuokrata kiinteistöyhtiöltä. Kemin kaupungin hallintoelinten edellä mainittujen päätösten johdosta yksityinen muutoksenhakija toimitti kilpailuneuvostolle hakemuksen, jossa edellä mainittua menettelyä pidettiin julkisista hankinnoista annetun lain vastaisena ja pyydettiin kilpailuneuvostoa velvoittamaan Kemin kaupunkia oikaisemaan päätöksiään tai vaihtoehtoisesti suorittamaan

hyvitysmaksun. Vastineessaan Kemin kaupunki puolestaan vaati hakemuksen jättämistä tutkimatta tai vaihtoehtoisesti sen hylkäämistä kaikilta osin.

Asiassa antamassaan ratkaisussa kilpailuneuvosto esitti muun muassa seuraavaa:

”Kilpailuneuvosto toteaa, että kyse on hankinta-asetuksen 5 §:n 2 momentin 1-kohdassa tarkoitettua kiinteän omaisuuden ja rakennusten vuokraamisesta ja hankintaa koskevasta sopimuksesta, jollainen jää julkisia hankintoja koskevien säännösten soveltamisalan ulkopuolelle. Nyt käsiteltävänä olevan asian ratkaisemisen kannalta ei ole merkitystä sillä, tarkastellaanko hakemusta kiinteistöyhtiön kautta suoritettavan kiinteistön hankinnan vai *siihen liitännäisen tietohallintokeskuksen vuokrasopimuksen näkökulmasta*, sillä kummassakin tapauksessa sopimus jää hankintasäännösten soveltamisen ulkopuolelle asetuksen 5 §:n 2 momentin 1-kohtaan sisällytetyn nimenomaisen poikkeussäännöksen perusteella.” Päätöslauselman mukaisesti kilpailuneuvosto jätti hakemuksen tutkimatta.

Kuten edellä esitetystä ilmenee, hankintalakia ja -asetusta ei ole sovellettu toimitilojen vuokraamiseen, varsinkaan kun asetuksen 5 §:ään ei sisällynyt mainintaa olemassa olevista rakennuksista.

Edellä mainitusta pääsäännöstä on kuitenkin olemassa poikkeus. Joissakin tapauksissa hankintayksikkö joutuu vuokraamaan sille suoraan räätälöidyn tilan sen johdosta, että sillä ei ole taloudellisia mahdollisuuksia suoraan ostaa tiloja. Muuan esimerkki tästä on *Human Technologies Centerin* rakennushanke Jyväskylässä 1. Jyväskylän yliopiston lisärakennus, jossa hanke toteutettiin jo alun perin *valtion omistamalle maalle* ja käyttäjien asettamien vaatimusten mukaisesti ja jonka vuokraushankkeen oikeudellisesti laadusta allekirjoittanut on antanut asiantuntijalausannon. Jyväskylässä rakentamiseen ei käytetty julkisia varoja, vaan rahoitusyhtiö toteutti hankkeen yhdessä rakennusyrityksen kanssa. Hanke oli suunniteltu siten, että sen toteutus perustui rakennusurakan ja kiinteistönvuokrauksen yhdistelmään. Olennaista oli, että hankkeessa *vuokran määrä sidottiin* investointikustannuksiin.

Jos vuokra jo alun perin *sidotaan* rakennuksen ja tontin investointikustannuksiin siten, että *taloudellinen riski siirtyy* yksityisen organisaatiolta julkiselle hankintayksikölle, tämä seikka heijastuu myös kilpailuvaatimukseen. Jos taas kyse on ns. normaalista vuokrasopimuksesta, jossa vuokrana käytetään markkinahintaa, riski jää yksityiselle yhtiölle. Riskin jääminen yksityiseen organisaatioon yleensä johtaa kilpailuttamisvelvollisuuden väistymiseen, koska kyse on tällöin kaupalliseksi katsottavasta toiminnasta.

Lain sanamuodon vastainen tulkintasuositus?

Viittaan edellä sanotun osalta myös *Sue Arrowsmithin* teokseen ”The Law of Public and Utilities Procurement”¹, jossa hän toteaa muun muassa seuraavaa: ”*Contracts for land and rights related to land are generally excluded from regulation. They are expressly excluded from the Services*

¹ Arrowsmith, Sue: The Law of Public and Utilities Procurement, London 1996, s. 156.

Regulations”. Hänen mukaansa edellä mainitut palvelusopimukset eivät täytä tavaranhankinnan eivätkä rakennusurakan tunnusmerkkejä. Hän katsoo rajatapauksissa erään mahdollisuuden olevan se, että edellä mainitut sopimukset voitaisiin luokitella rakennusurakoiksi, jos rakennus rakennetaan hankintayksikön osoittamien vaatimusten mukaan rakennusyhtiön omistamalle maalle ja rakennuksen omistusoikeus sitten välittömästi siirretään hankintayksikölle. Tilanne on kuitenkin edellä esitettyä ongelmallisempi, jos rakennus rakennetaan rakennusyhtiön asettamien vaatimusten mukaan.

Arrowsmithin *tulkinnallinen epävarmuus* ilmenee siitä, että hän katsoo hankintadirektiivin sanamuodon vastaisesti, ettei *olemassa olevien rakennusten* hankintaan voida soveltaa rakennusurakkaa koskevia määräyksiä ja säännöksiä välttämättä silloinkaan, kun rakennus rakennetaan hankintayksikön ohjeiden mukaan tai kun se hyväksyy muiden laatimat, rakentamista koskevat suunnitelmat, kun direktiiveihin ei tästä sisälly selkeitä säännöksiä ja kun rakennuksen omistusoikeus tai hallinta siirretään hankintayksikölle *vasta kun se on valmis*. Hänen tulkinnassaan direktiivin tarkoitus edistää avointa taloudellista kilpailua väistyy. Arrowsmith kuten kotimaisetkaan tutkijat ei ole esittänyt yhtään oikeustapausta, joka olisi sellaisenaan rinnastettavissa hänen esittämänsä tilanteeseen.

Edellä esitetyn mukaan kiinteistön ja sillä olevien valmiiden rakennusten hankintaan ei pääsäännön mukaan edellä mainituin rajoituksin sovelleta hankintadirektiivejä ja kansallisia hankintasäännöksiä. Tilanne voi kuitenkin muuttua toiseksi, jos sopimusjärjestely tehdään tarkoituksella välttää rakennuttamisen ja rakentamisen kilpailuttaminen tilanteessa, jossa rakennus rakennetaan sillä tavoin tiettyä tarkoitusta varten, ettei se ole käytettävissä muuhun kuin alun perin hankintayksikön osoittamaan tarkoitukseen. Tällöin on mahdollista, että hankintalakia on tulkittava hankintadirektiivin 16 artiklan ja *sanamuotonsa vastaisesti*, jotta hankintasäännösten perimmäinen tarkoitus toteutuisi. Ratkaisukriteeriksi nousee tällöin *sopimuksen koko sisältö ja tarkoitus* eikä sen laatimisajankohta, vaikka sopimus olisi allekirjoitettu vasta rakennuksen valmistumisen jälkeen. Tämä säännösten tulkintatapa tulee esiin esimerkiksi markkinaoikeuden Poliisin tietohallintokeskusta koskevassa, yksityiskohtaisesti perustellussa päätöksessä.

Oikeudelliset johtopäätökset

Joissakin tapauksissa hankintayksikkö joutuu vuokraamaan sille tarpeelliseksi osoittautuvan tilan sen johdosta, että sillä ei ole taloudellisia mahdollisuuksia suoraan ostaa tiloja. Muuan esimerkki tästä on *Human Technologies Centerin* rakennushanke (yliopiston lisärakennus) Jyväskylässä, jossa hanke toteutettiin jo alun perin käyttäjien asettamien vaatimusten mukaisesti. Rakennuksen rakentamiseen ei käytetty julkisia varoja, vaan rahoitusyhtiö toteutti hankkeen yhdessä rakennusyhtiön kanssa. Hanke oli suunniteltu siten, että sen toteutus perustui rakennusurakan ja kiinteistönvuokrauksen yhdistelmään. Olennaista oli, että *hankkeessa vuokran määrä sidottiin investointikustannuksiin* ja että rakennus rakennettiin valtion omistamalle maalle.

Jos vuokra jo alun perin *sidotaan* rakennuksen ja tontin investointikustannuksiin niin, että taloudellinen riski pääosin yksityisen organisaatiolta siirtyy hankintayksikölle, tämä seikka heijastuu myös kilpailuttamisvaatimukseen. Jos taas kyse on ns. normaalista vuokrasopimuksesta, jossa riski jää rakennus- tai rahoitusyhtiölle, riskin jääminen yksityiseen organisaatioon yleensä johtaa kilpailuttamisvelvollisuuden väistymiseen. Samaa koskee myös vuokrasopimukseen mahdollisesti sisällytettävää osto-optiota. Jos optio sisältää kiinteistön lunastamisvelvollisuuden, kysymys on itse asiassa kiinteistökaupasta osamaksuin. Asian erittelyssä merkitystä on paitsi sillä, onko optiolla todellista taloudellista arvoa myös sillä, mihin optiolauseke todellisuudessa oikeuttaa.

Kaiken kaikkiaan vuokrausvaihtoehto *voi eräissä tilanteissa lähentyä* julkista rakennusurakkaa. Näin asianlaita on esimerkiksi silloin, kun rakennuksen suunnitteluvaatimukset asettaa julkinen hankintayksikkö jo alun alkaen ja vuokrasopimus laaditaan *ennen* rakennuksen rakennuttamista. Tällöin rakentaminen toteutetaan ja loppuunsaatetaan hankintayksikön vaatimusten ja tarpeiden mukaisesti. Jos rakennuksen vuokra lisäksi sidotaan rakennuskustannuksiin, taloudellinen riski siirtyy rakennus- ja/tai rahoitusyritykseltä julkiselle hankintayksikölle. Tällöin rakennusurakka lähestyy toimeksiantohankintaa, joka yksityisenkin suorittamana on kilpailutettava. Kiinteän omaisuuden vuokraustilanteissa nämä tapaukset muodostavat kuitenkin poikkeuksen selkeästä pääsäännöstä, jonka mukaan kiinteistön vuokraukseen ei lähtökohtaisesti sovelleta julkisia hankintoja koskevia oikeussääntöjä.

* * *

On the duty to put the rental of immovable property out to tender

The issue of whether the rental of immovable property should be put out to tender normally arises when a purchasing body must determine if its prospective acquisition of new premises is subject to the duty to call for tenders. One unclear point in this respect is whether the premises need to be extant at the time of the rental decision or whether they can be constructed after the rental decision and then rented without a new call for tenders on the rental agreement. According to Article 16 of the EC Public Procurement Directive (2004/18/EC), it does not apply to "the acquisition or rental, by whatever financial means, of land, existing buildings or other immovable property or concerning rights thereon".

Sue Arrowsmith, among others, considers it possible that certain rental contracts relating to immovable property could in borderline situations be classified as construction commissions, where the building is constructed to the specifications provided by the purchasing body on real estate owned by the contractor, and title to the building is then immediately transferred to the purchasing body. According to the general rule, the acquisition of real estate and buildings is not subject to the procurement directives or to national procurement provisions.

However, the situation may be different if the rental contract is concluded in order to evade the tender procedure even though the premises are being built for a purpose determined by the purchasing body. The duty to put the rental out to tender arises especially where the amount of the rent is directly linked to the construction costs of the premises. In such a situation, the legal form of the construction commission is much like a general commission, which must be put out to tender also by private purchasers. In the case of rentals of immovable property,

situations like this are nonetheless an exception to the clear general rule that the public procurement rules do not apply to the rental of immovable property or other acquisition of premises. If it appears on the face of the rental contract, however, that the contract is made for the purpose of evading the tender procedure, the tender provision in the public procurement legislation must be applied regardless of the wording of the Procurement Directive and the respective legal provision, so that the duty to put the contract out to tender is realised in any event.

Kai Kalima

Professor, University of Helsinki